HUKUK VE DEVRİM

BATI HUKUK GELENEĞİNİN OLUŞUMU

HAROLD J. BERMAN

ÇEVİREN
KIVILCIM TURANLI

PİNHAN

Harold J. Berman

Hukuk ve Devrim
Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu

Harold J. Berman (1918 - 2007): Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk uzmanıdır. Bilhassa Sovyet/Rus hukuku konusunda önde gelen bir hukukçudur. Hukuk tarihi ve hukuk felsefesi alanındaki çalışmaları, hukuk ile dinin kesişme alanında yer alır. Harvard ve Emory Üniversitelerinde altmış yılı aşkın bir süre hukuk profesörü olarak görev yapmıştır. Hayli üretken bir bilim insanı olarak yirmiden fazla kitap ve yüzlerce makale kaleme almıştır. *Hukuk ve Devrim,* "Batı hukukunun kaynağı hakkındaki düşünceyi değiştiren" bir çalışma olarak bilinmektedir.
Kıvılcım Turanlı: 2001 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu, aynı yıl Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2011 yılında "Barış Hakkı ve Hayata Geçirilmesi" konulu teziyle doktora çalışmasını tamamladı. Genel Kamu Hukuku, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Hukuk ve Edebiyat derslerini yürüttü, klinik hukuk dersleri verdi. D. Çiğdem Sever ile birlikte Martin Loughlin'in *Kamu Hukukunun Temelleri* kitabını Türkçeye kazandırmıştır.

PİNHAN YAYINCILIK
Litros Yolu, Fatih San. Sitesi No: 12/214-215
Topkapı/Zeytinburnu İstanbul
Tel: (0212) 259 27 60 Faks: (0212) 565 16 74
www.pinhanyayincilik.com
info@pinhanyayincilik.com
Sertifika No: 40676

Hukuk ve Devrim
Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu
Harold J. Berman

Birinci Basım: Kasım 2020

Genel Yayın Yönetmeni: Mahmut Sever
Dizi Editörü: Kasım Akbaş
Çeviri Editörü: Kasım Akbaş
Dizgi: Özlem Sümbül

Teknik Hazırlık, Baskı ve Cilt:
Yaylacık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Litros Yolu Fatih San. Sitesi No: 12/197-203
Topkapı-İstanbul Tel: (0212) 567 80 03
Sertifika No: 44865

Pinhan Yayıncılık
249

ISBN: 978-605-7768-34-6

Hukuk ve Devrim

Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu

Harold J. Berman

çeviren: Kıvılcım Turanlı

İçindekiler

Önsöz

Bu, bugün bulunduğumuz yere geldiğimiz yolların, başlangıcının, kaynağının ve aynı zamanda rotasının hikâyesidir. Şüpheciler, bu hikâyeyi zihinlerinde, yabancılaşmalarına uzanan seyrin izlerini takip ederek, nostaljiyle okuyacaktır. İnançlılar, gelecek için birtakım kılavuzlar bulmayı umacaktır. Zira Teilhard de Chardin "Geçmiş, geleceğin nasıl inşa edildiğini gözlerimin önüne serdi" diye yazmaktadır.

Benim motivasyonum ise bir şekilde daha da çaresizce. Boğulmakta olan bir adamın bütün hayatının gözlerinin önünden geçtiği söylenir. Bu belki de onun kendisini, yaklaşan felaketten koruyacak yolları deneyimlerine bakarak bulmak için harcadığı bilinçsiz çabasıdır. İşte ben de bizi içinde bulunduğumuz açmazdan kurtaracak bir yol bulabilmek için Batı hukuk geleneğinin ve yasallığının, adalet ve düzeninin çok uzun tarihini başlangıcından itibaren gözden geçirmek zorundaydım.

Çağın sonunda olduğumuz bilimsel olarak kanıtlanabilecek bir şey değildir. Birileri bunu sezer diğerleri sezmez. Birileri tıpkı Archibald MacLeish'in *Metafor*'da söylediği gibi, anlamını yitirmiş kadim imgeleri sezgisel olarak bilir.

Bir dünyanın sonu, metaforu öldüğünde gelir.

Bir çağ, yanındaki her şeyle birlikte, bir çağ olur,
Duygusal şairler gururla,
İnsanın anlamını asla bilemeyeceği
Ama insanın-hayal ettiği imgelerin gösterebileceği
Ruhlarının sembollerini keşfettiklerinde.
Çağ çürür, bu imgeler görülseler bile
Anlam ifade etmediğinde.

Çağ sona ermekte olduğu için şimdi biz başlangıcını kavrayabiliriz. Çağın ortasında, henüz sonu görünmezken, başlangıç da sis perdesinin ardında gizlenir. Tarih daha sonra, Maitland'in ifadesiyle, kusursuz bir ağda belirir. Ancak şimdi bütün bir uy-

garlığımız, gözlerimizin önünde uzanmaktadır ve kökenlerini açığa çıkarabiliriz, çünkü hangi kökleri aradığımızı biliyoruz.

Benzer biçimde, devrimci bir sürecin sonucu olduğumuz için geçmişin devrimci dönemlerini çok daha kolay teşhis edebiliriz. Birikimsel veya "dalgasız" tarih, Darwinci çağın tarih yazımının belirleyici özelliğiydi. Toplumsal çatışmanın hâkim olduğu katastrofik tarih, yirminci yüzyılın erken ve orta döneminin tarihi yazmalarının belirleyici özelliği olagelmiştir. Şimdi ilk defa sadece evrimi ya da sadece devrimi değil fakat batı tarihinin bu baskın iki temasının arasındaki etkileşimi de görmeye başlıyoruz.

Avrupa, Kuzey Amerika ve Batı uygarlığının diğer kısımlarında meydana gelen toplumsal çözülmeyi, toplulukların çöküşünü görmemek imkansızdır. Irk, din, toprak, aile, sınıf, komşuluk ve çalışma bağları, giderek soyut ve yapay milliyetçiliklerin içinde erimektedir. Bu Batı uygarlığının bir bütün olarak birliğinin ve ortak amaçlarının zayıflamasıyla yakından ilişkilidir. Ancak yine de birikimin bazı işaretleri mevcuttur. Belki de hem bölgesel hem de dünya çapındaki karşılıklı ekonomik, bilimsel ve kültürel bağımlılık en ümitvar ihtimaldir.

Bunun hukukla ne ilgisi var? Hayli ilgisi var! Batı toplumunun geleneksel sembolleri, geleneksel imgeler ve metaforlar hepsinden öte dinî ve hukuki olagelmiştir. Ne var ki, yirminci yüzyılda din ilk defa büyük ölçüde özel alanın meselesi haline gelirken, hukuk büyük ölçüde pratik bir yerindelik meselesi haline gelmiştir. Dini metafor ile hukuki metafor arasındaki bağlantı kopmuştur. Artık ikisi de topluluğun gelecek vizyonunu ifade etmemektedir; artık ikisi de sadakat duygusunu emretmemektedir.

Bu değişimin kedere sürüklemesine gerek yok. Belki de iyi bir şeydir. Ama kuşkusuz kaçınılmazdır da. Her durumda değişiklikler bir çağın sonunun işaretidir ve geriye dönüş olmayacağına göre sorulacak tek soru şudur: "Nasıl ileri gidebiliriz?" Geçmiş deneyimlerimizin ortak belleğinde bizim geleceğe uzanan yolumuzu tıkayan engelleri aşabileceğimiz kaynakları bulabilir miyiz?

Engellerin neler olduğu, bu kitapta anlatılan hikâyede dolaylı olarak öğrenilebilir. Bunların arasında hem düşüncede hem eylemde bizatihi hukukla ilgili bir darlık ve bölümleme bulunmaktadır. Hukukun, bir şeylerin yapılmasını sağlayan teknik bir araca indirgenmesinin, hukukun tarihten koparılmasının, hukukumuzu milli hukukla ve hukuk tarihimizi milli tarihimizle tanımlamanın ve; salt analitik ve politik bir hukuk anlayışı (poziti-

vizm) veya salt felsefi ve törel hukuk anlayışı (doğal hukuk) yahut salt sosyoekonomik ve tarihsel hukuk anlayışı (tarihselci okul, hukukun sosyal teorisi) benimseme yanlışlığına kapılmanın üstesinden gelmeliyiz. Bu üç okulu entegre eden ve ötesine geçen bir hukuk anlayışına ihtiyacımız var. Böylesi bütünleştirici bir hukuk anlayışı, hukuka inanılması gerektiğini, aksi halde işlemeyeceğini vurgular; sadece aklı ve iradeyi değil aynı zamanda duygu, sezgi ve inancı da içerir.

Kriz dönemlerinde daha geniş bir vizyona ihtiyacımız var. Oliver Wendell Holmes Jr., bir keresinde hukuk öğrencileriyle dolu bir sınıfta şöyle demişti: "Sizin birer hukukçu olarak işiniz evrenin bütünüyle kendi tikel hakikatiniz arasındaki ilişkiyi görmektir". Holmes'un hayata dair trajik bakışının ifadesi İç Savaş'tan doğmuştur. Holmes, evrensel bir bağlama oturmayan tikel hakikatlerin müphem olduğunu biliyordu.

Hukuk kavramlarımızın darlığı, sadece hukuka değil tarihe bakışımızı da sakatlamaktadır. Bugün insanlar, hukukun verili bir ülkede yürürlükte olan kanuni, idari ve adli kurallar yığını olduğunu düşünmektedir. Bu hukuk vizyonuna eşlik eden tarih vizyonu da vahim bir biçimde az ya da çok geçmişle ve belirli bir ulusla sınırlıdır. Aslında bu bir tarihe değil, mevcut siyaset ve değerlere dair bir vizyondur. Buna mukabil, hukuk kavramının geçmişte hâkim olan tarihsel içerimlerini; örneğin, Blackstone'un sadece hukukçular için değil, eğitim görmüş herkes, ve aslında öncelikle bunlar için yazdığı *Commentaries on the Laws of England* [İngiliz Kanunları Şerhi] adlı eserinde ifade edildiği biçimiyle on sekizinci yüzyılda ne ifade ettiklerini düşünün. Blackstone'a göre, İngiltere'de hüküm süren hukuk türleri; doğal hukuk, ilahi hukuk, ulusların hukuku, İngiliz *common law*'u, yerel örf ve âdet hukuku, Roma hukuku, kilise hukuku, tacirlerin hukuku, yazılı yasalar ve *equity*'dir. Bu kataloğa içkin olan sadece yakın geçmişle ya da ulusla sınırlı olmayan tarih görüşü değil fakat aynı zamanda örtüşen tarihlerdir; Hıristiyanlığın ve Yahudiliğin tarihi, Yunan tarihi, Roma tarihi, kilisenin tarihi, yerel tarih, ulusal tarih, uluslararası tarih ve dahası. Böylesi bir bakış, Blackstone'un okurlarını çeşitli geçmiş zamanlara bağlayarak, onları tek bir geçmişe esaretten olduğu kadar, belli ölçüde soyut Kantçı bir anlayışla, bütün olarak geçmişe esaretten azade kılmıştır. Aynı biçimde onları sadece tek bir gelecek öngörmekten ya da genel olarak soyut bir gelecek anlayışından da korumuş; bir kere daha

vurgulamak gerekir ki, çeşitli gelecekleri öngörmelerine olanak vermiştir. Blackstone'un kendisi hayli "İngiliz"dir ve pek çok bakımdan fazlasıyla muhafazakardır ancak İngiltere'deki hukuk geleneğinin çok-biçimliliğini kabul ederek bizatihi tarihin çok-biçimliliğini de kabul etmiştir.

Zaman zaman hukuka çok dar bakmanın, diğer disiplinlerin -tarihçilerin, siyaset bilimcilerin, sosyologların, filozofların- hukuku etkili biçimde çalışmalarını imkânsız kıldığına dikkat çekilmiştir. Eğer hukuk sadece yürürlükteki kurallar, usuller ve teknikler olarak ele alınırsa, sosyal ya da beşerî bilimcilerin ilgisini çok az çeker. Bununla heba olanların sadece hukukçular değil, aynı zamanda kendi disiplinleri açısından en zengin kaynaklardan birini devşirecek olan sosyal ve beşerî bilimciler de olduğuna dikkat çekilmelidir. Eğer sosyal ve beşerî bilimlerimiz ziyadesiyle davranışçı ve parçalı hale gelmişse ve eğer tarih yazımımız, özellikle, ziyadesiyle milliyetçi ve görece kısa dönemlere bağlı hale geldiyse; bunun sebebi kısmen hukuk düşüncemizin de bu hale gelmesi ve sonuç olarak profesyonel eğitimin ve eğitimli kamunun genel kapsamının dışına çıkmasıdır.

Elbette, bilginin bölmelere ayrılmasından şikâyet etmek, bunun üstesinden gelmek için yapıcı bir şeyler yapmak daha kolaydır. Geçmiş zamanları yeniden bütünleştirmeye yönelik tüm çabalar, muhtemelen mevcut kategoriler ve kavramlar dahilinde anlaşılacak ve yargılanacaktır. Batı'daki hukuk tarihini çağımızın metaforu olarak sunmak, hayli farklı tarih, hukuk ve Batı anlayışlarının tedrisatından geçmiş okurdan çok fazla şey ummaktır. Yine de geçmişi yeniden bütünleştirmeden ne adımlarımızın izini sürmenin ne de geleceğe yön verecek kılavuzları bulmanın bir yolu vardır.

Giriş

Bu kitap şu hikâyeyi anlatmaktadır: Bir zamanlar "Batı" diye adlandırılan bir uygarlık varmış. Bu uygarlık, kendine özgü hukuki kurumlar, değerler ve kavramlar geliştirmiş, bu değerler yüzyıllar içinde kuşaktan kuşağa aktarılmış ve böylece bir "gelenek" ortaya çıkmış. Batı hukuk geleneği bir devrimden doğmuş ancak yüzyıllar boyunca yine devrimlerle düzenli aralıklarla kesintiye uğramış ve dönüşmüş. Nihayet yirminci yüzyılda Batı hukuk geleneği, tarihte daha evvel olduğundan daha devrimci bir kriz noktasına ulaşmış. Öyle ki, bazıları fiilen sonunun geldiğine inanmış.

Bu hikâyeyi herkes dinlemek istemeyecek; bazıları kabul edilemez bulacak ve hayal ürünü olduğunu düşünecektir. Bazıları Batı hukuk geleneği diye bir şeyin hiç olmadığını söyleyecektir. Başka bazıları ise Batı hukuk geleneğinin yirminci yüzyılın sonlarında bile canlı ve sağlıklı olduğunu söyleyecektir.

Hikâyenin doğru olduğunu kabul ederek ciddiye alınması gerektiğini savunanların arasında ise "Batı(lı), hukuk(i), gelenek ve devrim" sözcüklerinin anlamları konusunda derin fikir ayrılıkları olacaktır. Bu hikâyenin amaçlarından birisi de bahsi geçen sözcüklerin anlamlarını anlatısal bir bağlamda, zamansal boyutları ile açıklamak ve ortaya koymaktır. Bu açıdan bakınca bahsi geçen sözcükleri daha en başından tanımlamak kendi kendisine ket vuran bir çabadır. Friedrich Nietzsche'nin söylediği gibi, bir tarihi olan hiçbir şey tanımlanamaz. Ne var ki, kurgu-dışı bir eserin yazarı, öncelikli olarak kendi önyargılarını ifşa etmelidir. Bu tutum, anlatılan hikâyeyi peşin hükümle kabul edilemez bulanların -bence- yanlış anladıkları hususları gidermeye yönelik yararlı bir çaba olabilir.

Bu kitapta, belirli bir tarihsel kültür ve uygarlık "Batı" olarak adlandırılmaktadır; nitelendirmenin amacına göre Batı'nın ne olduğu başka pek çok yolla da tanımlanabilir. Eskiden, İslam, Hint ve Uzak Doğu'nun dışında kalan ve Eski Yunan ile Roma'nın mirasını devralarak bünyesinde bulunduran bütün kül-

türlere ve "Magrib"e Batı denirdi. Ancak II. Dünya Savaşının bitiminden bu yana "Batı" ve "Doğu" kavramları sıklıkla komünist ülkeleri komünist olmayanlardan ayırmak için kullanılır olmuştur; örneğin Doğu-Batı ticaretinde, Prag'dan Tokyo'ya gönderilen malların sevkiyatı Doğu'dan Batı'yadır.

Bugün daha az bilinen bir başka Doğu-Batı ayrımı ise Hıristiyan Kilisesi'nin doğusu ve batısı arasında yapılandır. Hıristiyanlığın erken dönemlerinde Roma İmparatorluğu'nun doğusu ve batısı paralel olarak bölünmüştür. Her ne kadar Doğu kilisesi ile Batı kilisesi arasında başından itibaren kimi farklar bulunsa da birbirlerinden ancak 1054 yılında tamamen ayrılmışlardır. Bu kırılma, Batı'da, Roma Piskoposunu kilisenin tek hâkimi yapan, ruhban sınıfını imparatorun, kralın ve feodal lordların denetiminden azat eden ve Kilise'nin seküler yönetimlerden keskin biçimde ayrılarak siyasi ve hukuki bir bütün olarak var olmasını sağlayan hareket ile eşzamanlıdır. Gregoryen Reformu ile sonuçlanan Atama Mücadelesi [*Investiture Struggle*][1] (1075-1122) ilk modern Batı hukukunun; Roma Katolik Kilisesi'nin "yeni kanon [kilise] hukuku"nun *(jus novum)* ve nihayetinde yeni seküler hukuk sistemlerinin -krallık hukuku, şehir hukuku ve diğerleri gibi- ortaya çıkmasına neden olmuştur. "Batı hukuk geleneği" nitelendirmesindeki Batı terimi, hukuk gelenekleri bu gelişmeler sonucunda ortaya çıkan halklara atıfta bulunmaktadır. On birinci ve on ikinci yüzyıllar boyunca, İngiltere'den Macaristan'a ve Danimarka'dan Sicilya'ya uzanan topraklarda yaşayan halklar Batılı sayılmışken; Doğu Ortodoks Kilisesi'nin hâkimiyetindeki Rusya ve Yunanistan gibi ülkeler ile zamanında topraklarının çoğu Müslüman olan İspanya dışarıda bırakılmıştır. Daha sonra ise sadece Rusya ve Yunanistan değil, Kuzey ve Güney Amerika ile dünyanın başka bölgeleri de Batılılaştırılmıştır.

Öyleyse Batı, pusulaya başvurularak bulunamaz. Coğrafi sınırlar elbette Batı'nın neresi olduğunu tespit etmeye yardım etmiştir ancak onlar da zaman içinde değişmiştir. Zira Batı, daha ziyade çok güçlü bir tarihi boyutu olan kültürel bir terimdir. Ancak sadece bir düşünceyi değil aynı zamanda bir toplumu ifade

---

[1] Bu hareket genellikle Reformasyondan ziyade Gregoryen Reformu olarak adlandırılmaktadır; bununla birlikte "Reform" sözcüğü, başka bağlamlarda reformasyon olarak da tercüme edilen ve Latince orijinali *reformatio* olan sözcükten çevrilmiştir.

etmektedir. Batı terimi hem tarihi bir yapıya hem de yapılandırılmış bir tarihe işaret etmektedir. Yüzyıllar boyunca Batı, basitçe Batı Hıristiyan âleminin halkları olarak tanımlanabilirdi. Gerçekten de on birinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla dek bu halklar topluluğu, tek bir ruhani otoriteye; Roma Kilisesi'ne bağlılıkları ile belirlenmiştir.

Tarihsel bir kültür, bir uygarlık olarak Batı, sadece Doğu'dan değil aynı zamanda "Rönesans"ın çeşitli dönemlerine "geri dönen" Batı-öncesi kültürlerden de ayrı tutulmalıdır. Böylesi geri dönüş ve yeniden uyanışlar Batı'nın özelliğidir ancak bunlar ilham almak için benimsedikleri örneklerle karıştırılmamalıdır. Zira İsrail, Yunanistan ve Roma, Batı'nın sadece varlığını sürdürmesi ve halefiyet süreci bakımından değil öncelikle benimseme süreci bakımından manevi ataları haline gelmiştir; Batı onları ataları olarak benimsemiştir. Dahası Batı onları, farklı zamanlarda farklı parçalarını seçerek benimsemiştir. Cotton Mather Musevi değildi. Erasmus Yunan değildi. Bologna Üniversitesinin Roma hukukçuları da Romalı değildi.

Elbette Cermen örf ve âdet hukukunda, daha önemlisi Kilise hukukunda biraz Roma hukuku; keza yine Kilise hukukunda biraz Yunan felsefesi kaldı ve hiç kuşkusuz Talmud, Eski Ahit olarak varlığını sürdürdü. Ancak böylesi izler, onların Batı hukuku, Batı felsefesi ve Batı teolojisi üzerindeki etkilerinin sadece küçük bir bölümünü açıklamaktadır; esas etkiyi yaratan eski metinlerin yeniden keşfedilmesi, yeniden yorumlanması ve alımlanmasıdır. Hatta eski öğretilerin kesintiye uğramadan varlığını sürdürdüğü söylenebilir ancak kaçınılmaz olarak dönüşmüşlerdir. Bu nokta özellikle Roma hukukunun yeniden keşfini ve canlanışını kavramak için önemlidir. Hukuk sistemi, aklın almayacağı biçimde, Iustinianus'un hüküm sürdüğü imparatorluğun hukuk sistemi ile tanımlanabilirdi. Mesela Roma hukukunun pek çok kuralını kabul eden on ikinci yüzyılın özgür kenti Pisa, Bizans İmparatoru Iustinianus'un metinlerini yeniden keşfetmiştir. Aynı kurallar çok farklı anlamlar taşısa da.

Bu bakış açısıyla düşünüldüğünde, Batı ile kast edilen; Yunanistan, Roma ya da İsrail değildir fakat yüzlerini Yunanistan ve Roma ile İbranice metinlere ilham almak için *dönen* ve bu metinleri, onların yazarlarını dahi hayrete düşürecek ölçüde *dönüştüren* Batı Avrupa halklarıdır. Kuşkusuz İslam, bu çalışmada ele alınacak dönemin Batı felsefesi ve bilimi üzerindeki güçlü Arap

etkisine rağmen -hukuki kurumlar üzerinde etkisi olmamıştır- Batı'nın bir parçası değildir.

Aslında Batı kültürünün her bileşeni diğerleri ile karışarak dönüşmüştür. Şaşırtıcı olan ise bunca zıt unsurun tek bir dünya tahayyülünde bir araya getirilmiş olmasıdır. Zira Yahudi kültürü Yunan felsefesini ya da Roma hukukunu tolere edemez; Yunan felsefesi Roma hukukunu yahut Yahudi teolojisini kaldıramaz; Roma kültürü ise Yahudi teolojisini kültürünü tolere edemediği gibi Yunan felsefesine de büyük ölçüde direnmiştir. Yine de on birinci yüzyılın sonu ve on ikinci yüzyılın başında Batı her üçünü de birleştirmiş ve böylece her birini dönüştürmüştür.

Daha tartışmalı olan husus ise on birinci yüzyıldan evvel Cermen kabileleri ve Avrupa'nın diğer kabile halkları ile Batı arasındaki farktır. Eğer Batı coğrafi bir terimse erken kültürler de Batı'ya dâhil edilmelidir. Gerçekten de pek çok Avrupalı tarihçinin yaptığı gibi, Gregoryen Reformuna ve Atama Mücadelesi ile Geç Orta Çağlar ya da On İkinci Yüzyıl Rönesansı'na (ki on birinci yüzyılın sonlarında başlamıştır) gelmeden evvel; Sezar'ın Galya savaşlarından, Roma İmparatorluğu'nun Cermen halkları tarafından işgalinden, Frenk monarşisinin yükselişinden ve Şarlman ve Büyük Alfred'den başlamak gerekir. Avrupa'nın Cermen halklarından Batı-öncesi diye bahsetmek pek çok kulağa yabancı gelecektir. Yine de 1050-1150 yıllarından önceki Avrupa ile 1050-1150 yıllarından sonraki Avrupa arasında radikal bir süreksizlik mevcuttur.

Bir de Batılı sözcüğünün anlamı ile ilgili olarak, en azından amaç hukuki kurumları tahlil etmek ve açıklamaksa modern ile Batılı arasında keskin bir ayrım yapılmamalıdır. Dahası, modern kavramı, iki dünya savaşı öncesi için modern olarak kullanılırdı, 1945'ten sonrası için kullanılacaksa *çağdaş* şeklinde kullanılmakla karşımıza çıkan kavramdan ayrılmalıdır. Bu çalışmanın amaçlarından birisi, Batı'da modern zamanların; sadece modern hukuki kurumların ve değerlerin değil, aynı zamanda modern devletin, modern kilisenin, modern felsefenin, modern üniversitenin, modern edebiyatın ve modern olan her ne varsa onların, köklerinin 1050-1150 arasındaki dönemde, *ama daha öncesinde değil,* bulunduğunu göstermektir.

"Hukuki" teriminin de tıpkı Batılı terimi gibi, bir tarihi vardır. Hukuk, bugünlerde genellikle kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır. Kuralların ise genellikle yasalardan kaynaklandığı,

mahkemelerin hukuk yarattığı yerlerde ise mahkeme kararlarına dayandığı düşünülmektedir. Böyle bakıldığında, "Batı hukukundan" söz edilemez zira Batı yasama organı ya da mahkemesi diye bir şey yoktur. (Aynı sebeple Amerikan hukuku diye bir şey de olamaz ancak Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yasalarından ve her bir eyaletin kendi yasalarından söz edilebilir.) Böylesi bir hukuk tanımı, Batı tarihinin çeşitli dönemlerinde Batılı ülkelerin hukuk sistemlerini inceleyen; sadece kitaplarda yazılı olanı değil hukuk uygulamasını da ele alan herhangi bir çalışma için son derece dardır. Hukuk uygulaması, hukuk kuralları kadar hukuki kurumlar ile hukuk usulünü ve hukuki değerleri, hukuki kavramları ve hukuki düşünme biçimlerini de içermektedir. Hukuk uygulaması, kimi zaman hukuki süreç olarak da adlandırılan; Almanların deyişiyle *Rechtsverwirklichung,* hukukun "gerçekleşmesi"ni de kapsar.

Lon L. Fuller hukuku "beşerî davranışı kuralların idaresine tabi kılmaya yönelik bir girişim" olarak tanımlamıştı.[2] Bu tanım, doğru bir biçimde hukuki eylemin hukuk kuralından önce geldiğini vurgulamaktadır. Ben, bu girişimin amacının sadece kuralları koymayı ve uygulamayı değil fakat aynı zamanda oylama, emir verme, memurların atanması ve hüküm verme dâhil diğer yönetim biçimlerini de kapsadığını ekleyerek biraz daha ileri gideceğim. Hukuk, sözcüğün alışılmış kullanımında, sadece idari amaç gütmez. Hukuk aynı zamanda müzakerelerle ortaya çıkan gönüllü düzenlemeleri kolaylaştırmaya, hukuki belgeleri çıkarmaya ve hukuki bir niteliğe sahip diğer anlaşmaların yerine getirilmesine yönelik de bir girişimdir. Edim halindeki hukuk, yasa koyan, hüküm veren, idare eden, arabuluculuk yapan ve diğer hukuki faaliyetleri ifa eden insanlardan oluşur; hakları ve ödevleri düzenleyerek çatışmaları çözen ve iş birliğinin kanallarını açan canlı bir süreçtir.

Bu kadar geniş bir hukuk tanımı, yüzyıllar boyunca Batı'da var olan pek çok özgün hukuk sistemini, tek bir çerçevede mukayese edebilmek için gereklidir. Geniş hukuk tanımı, ayrıca bu sistemler ile diğer siyasi, ekonomik, sosyal kurumlar, değerler ve kavramlar arasındaki karşılıklı ilişkiyi keşfetmek için de gereklidir.

Ben, hukuku, Batı hukuk geleneğindeki herhangi bir kuruma,

---

[2] Lon L. Fuller, *The Morality of Law,* 2nd ed. (New Haven, Conn., 1964), s. 106 [Türkçesi: *Hukukun Ahlakı,* çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, 2019].

değere ya da kavrama atıf yapmadan, genel terimlerle tanımlama özgürlüğümü kullanıyorum. Böyle yapmaktaki amacım; hukuku çok dar, sadece kurallar bütünü olarak tanımlayarak Batı hukuk geleneğinin ortaya çıkışını, bu geleneğin Batı tarihinin büyük devrimlerinin üzerindeki etkisini ve bugünkü ikilemlerini kavramaya engel teşkil edenlere cevap vermektir. Zira kuralların sadece bir kısmını oluşturduğu özel bir girişim türü olarak hukuk, verili bir kültürün yaşayan hukukunun tarihsel gelişimi bağlamında anlamlı hale gelir.

Batı'daki hukuk "geleneği"nden söz etmek iki önemli tarihsel gerçeğe dikkat çekmek anlamına gelir. Bunlardan ilki, on birinci yüzyılın sonlarından ve on ikinci yüzyılın başlarından itibaren, Batı'daki hukuki kurumların, devrimci değişim dönemleri hariç olmak üzere, yüzyıllar boyunca, nesilden nesile sürekli geliştiğidir. Her nesil bir önceki neslin yaptıklarının üzerine bilinçli olarak yenisini inşa etmiştir. İkincisi ise, bu sürekli ve bilinçli gelişme süreci salt bir değişim olarak değil organik büyüme olarak tasavvur edilmiştir (ya da bir zamanlar edilmişti). Geçmişteki büyük ulusal devrimler dahi -1917 Rus Devrimi, 1789 Fransız ve 1776 Amerikan Devrimi, 1640 İngiliz Devrimi, 1517 Alman Reformu- en nihayetinde kendilerinin ya da liderlerinin yıkmaya teşebbüs ettikleri hukuk geleneği ile barışmıştır.

Bilinçli organik gelişme mevhumu on birinci ve on ikinci yüzyıllarda kurumlara uygulanmıştır. Bu bağlamda "kurumlar" belirli sosyal görevleri yerine getiren yapılandırılmış düzenlemeleri ifade etmektedir. Örneğin üniversiteler yüksek öğretime geçişi sağlayan ve profesyonelleri yetiştiren kurumlardır; hükümetlerin mâli ve adli işlerle ilgilenen bölümleri vergi ve adalet yönetimini gerçekleştiren kurumlardır. Hukuk sistemi ise başlıca amaçlarından birisi hükümetin çeşitli bölümlerini olduğu kadar, neyin yasak neyin uygun olduğunu bilmek isteyen insanları da yönlendiren yapılandırılmış bir düzenlemeler sistemidir. On birinci ve on ikinci yüzyılda sadece yeni kurulan üniversiteler, devlet hazinesi ve adli sistemler değil kilise de gelişen kurumlar olarak görülmüştür. Keza kent yönetimleri ve krallıklar gibi seküler yapılar da. Bu çeşitli kurumların sürekli bir karakterinin olduğu kabul edilmiş ve yavaş yavaş yeni koşullara uyarak kendi kendilerini yenilemeleri, böylece zaman içerisinde büyümeleri beklenmiştir. Bu büyüme kısmen planlanmıştır, örneğin bazı kiliselerin, kelimenin tam anlamıyla binlerce yıllık bütçeleri vardı

ve yüzyıllar içinde nesiller boyunca inşa edilmeleri düşünülmüştü. Büyüme kısmen o kadar da düzenlenip planlanmamıştır, yöneticiler ve yasakoyucular atalarının yaptıklarını gözden geçirip düzeltmiş; çıraklar ustalarının işlerini geliştirmeye başlamış ve "*commentator*"lar "*glossator*"ların yerine geçmişti. Kısmense, Romanesk ve Norman mimarisinin birleştirilmesiyle daha sonra gelişerek Gotik mimariyi oluşturacak erken Gotik eserlerin ortaya çıkmasında ve benzeri gelişmelerde olduğu gibi, planlama ya da düzenlemelerin yapılan işlerin gerisinde kaldığı görülmüştür.

Robert Nisbet'in söylediği gibi, kimse bir toplumun "büyüdüğünü", "geliştiğini", "çürüdüğünü" ya da "sona erdiğini" göremez.[3] Bunların hepsi birer metafordur. Yine de verili bir zamanda verili bir toplumda yaşayan insanların kanaatine göre büyüme ya da gelişme, çürüme ya da yok olma hayli gerçektir. Batı hukuk geleneğinin oluşum aşamasında, yeryüzü devletinin sürekli olarak çürümeye doğru gittiğine dair eski Augustinyan inanış; yerini, sosyal kurumların doğma, büyüme ve yeniden doğma yeterliğine sahip olduğuna dair yeni bir inanışa bırakmıştır. Daha önemlisi bu süreç, birbirini izleyen nesillerin bilinçli ve etkin biçimde katıldığı bir süreçtir. Goethe'nin söylediği gibi, gelenek miras alınamaz; hak edilmesi gerekir.

Büyük İngiliz tarihçisi F. W. Maitland biyolojik metaforları ve büyümeyi, İngiliz hukukundaki dava türlerinde on ikinci yüzyıl ve sonrasında meydana gelen değişiklikleri tarif edebilmek için kullanmıştır. Ona göre,

> "Bizim dava türlerimiz sadece kanun başlığı yahut ölü kategoriler değildir; onlar önceden var olan materyallerin sınıflandırılmalarının sonucunda da ortaya çıkmamışlardır. Onlar hukuki kurumlardır ve hiç tereddütsüz söyleyebiliriz ki, yaşayan şeylerdir. Her biri kendi hayatını yaşar, kendi macerasını sürer, kısa ya da uzun vadede yürürlükte kalır, fayda sağlar ve rağbet görür ve sonra belki ileri bir yaşta yıpranmış ve arkadaşsız olarak batar gider. Bazıları ölü doğmuştur, bir kısmı kısırdır ancak diğerleri

---

[3] Robert A. Nisbet, Social Change and History (New York, 1969), s. 1. Nisbet bu çalışmasında, böylesi metaforların toplumsal değişime uygulanmasına şiddetle karşı çıkar. Bununla birlikte değişimin büyüme ya da gelişme karakterine deneyimleyerek sahip olan bir toplumun bilincini ya da ideolojisini tariflemek için kullanılmasıyla uğraşmamıştır. Daha sonraki çalışmasında daha yumuşak bir metaforu kabul etmiştir. Bkz. Nisbet, *History of the Idea of Progress* (New York, 1980).

çocuklarını ve torunlarını görecek kadar uzun yaşar. Aralarındaki yaşam mücadelesinde sadece en güçlü hayatta kalır".[4]

Böylece Maitland'in "davaların doğurgan anası" dediği hukuki ihlallerin (saldırı ve yaralama, hırsızlık, mülke tecavüz ve diğer ihlallerin); organik devamlılığa dair metafor tercihine bağlı olarak, "doğurduğu", "sebep olduğu" veya "üstünden attığı", söylenebilir. İhlaller, aynı zamanda, esasında atalarından epey farklılaşan evlatlar olarak, davadaki hukuka aykırılıkların "kaynağı"dır.[5] Hukukçular, âdeta bir soyağacı gibi, dava türlerini temsilen göstermek için bir gövdesi ve dalları olan belirlenmiş dava sürelerini gösteren bir ağaç çizerler. Bu ağaç pedagojik bir araç mıdır? Yoksa animizmin bir biçimi midir?

Hukukun gelişimi ile müziğin gelişimi arasında bir analoji kurmak yararlı olabilir. On birinci ve on ikinci yüzyıllardan itibaren esas olarak Gregoryen ilahilerde görülen tek sesli müzik yerini yavaş yavaş çok sesli müziğe bırakmıştır. İki-sesli, üç-sesli ve nihayet dört-sesli müzik gelişmiştir. On üçüncü yüzyılın çok sesli ilahilerinde görülen kontrpuan stili, baladlarda görülen on dördüncü yüzyılın, *ars nova,* harmonik stiline evrilmiştir. Nihayetinde kontrpuan ve harmoni birleştirilmiştir. On altıncı yüzyıl, büyük Alman Protestan ilahilerinin gelişimine tanıklık etmiş ve bunlar İngiliz ve İtalyan madrigalleri ve diğer müzik formları ile birlikte on altıncı yüzyılın sonları ve on yedinci yüzyılın başlarında önce İtalya'da zuhur eden operanın temelini oluşturmuştur. Sonunda Rönesans müziği Barok müziğe; Barok, klasik müziğe şeklinde ilerlemiştir. Hiçbir iyi çağdaş müzisyen, kendisi ne kadar sıra dışı olursa olsun, bu hikâyeyi bilmezlik edemez. Yakın zamana kadar, benzer biçimde, iyi bir hukukçunun da hukuki kurumların gelişim sürecini bilmesi beklenirdi.

Kuşkusuz, her değişim gelişme olarak görülemez. Hatta bazı değişimlerin gelişmenin önünü kestiği söylenebilir. Örneğin hiç kimse işkence ya da düellonun jüri önünde yargılamaya yol açtığını yahut taşınmaz mülke tecavüze ilişkin hukuk davalarının mülkün istirdadı ile sonuçlanan ceza davalarından kaynaklandı-

---

[4] Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law,* 2nd ed. (1898; reprint ed., Cambridge, 1968), II, 561.

[5] "Hukuki ihlal" kavramı davalının doğrudan haksız fiillerine yönelik yasal bir çözümdü; "davadaki hukuki ihlal" ise daha sonraları ihmali suiistimal ya da davranışla dolaylı olarak verilen zarara karşı bir yol olarak geliştirildi. Bkz. Albert K. Kiralfy, *The Action on the Case* (London, 1951).

ğını söyleyemez. İşkence, düello ve mülkün istirdadı özünde feodal ve kabileye ilişkindir; jüri yargılaması ve başkasının mülküne tecavüz ise krallığa dairdir. Dahası, öncekiler sonrakilerin başlangıcında kendilerine zorlukla yer bulabilmiştir. Oysa organik büyüme kavramına göre ebeveynlerin çocukları ile birlikte yaşadıkları varsayılır. Bu durum nedensellik kavramından farklıdır. Ceza davalarında jüri sistemine geçilmesine işkencenin kendisi değil fakat işkencenin kaldırılması sebep olmuştur.

Aynı zamanda, bilinçli gelişme, her zaman ideal bir amaca ulaşmayı hedefleyen kasıtlı bir hareket anlamına gelmez. Daha ziyade salt değişim ve birikimden fazlası anlamına geldiği halde ahlaki gelişmeden daha az bir şeydir. Hukuk reformu, hiç şüphesiz, oluşum döneminden beri Batı hukuk geleneğinin tekrarlayan özelliğidir. Hatta reform, benim geleneğin sürekli karakteri dediğim şeyin bir parçası olarak görülmelidir ve zaman içindeki sürekliliğinin bilincindedir.

Bir ön hazırlık olarak Batı hukuk geleneğinin temel özellikleri aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. Hukuki kurumlar (yasama ve yargılama gibi hukuki süreçler kadar bu süreçlerde ortaya çıkan hukuki kurallar ile kavramlar da dâhil olmak üzere) ile *diğer* türdeki kurumlar arasında görece keskin bir ayrım yapılmıştır. Her ne kadar hukuk güçlü biçimde din, siyaset, ahlak ve âdetlerden etkilense de analitik olarak bunlardan ayırt edilebilirdir. Örneğin alışılmış davranış örüntüleri anlamında âdetler, hukuken bağlayıcı kabul edilen örf ve âdetlerden ayırt edilebilir. Benzer biçimde siyaset ve ahlak, hukuku belirleyebilir ancak başka bazı kültürlerde olduğu gibi bunların *hukuk* oldukları düşünülmez. Batı'da, elbette sadece Batı'da değil, hukukun kendine özgü karakterinin olduğu; görece kesin bir özerkliğinin bulunduğu düşünülür.

2. Batı hukuk geleneğinde bu ayrımın keskinliğinin sonucunda, hukuki kurumların idaresi profesyonel düzeyde az ya da çok tam zamanlı olarak hukuki faaliyetlerde bulunan özel bir grup insana tevdi edilmiştir.

3. Hukukla uğraşan profesyoneller; ister Amerika ve İngiltere'de olduğu gibi hukukçu [*lawyer*], isterse diğer Batı ülkelerinin çoğunda olduğu gibi hukuk uzmanı [*jurist*] olarak adlandırılsınlar, yüksek öğretimde hukuk öğretimi olarak bilinen ayrı bir bölümde yetiştirilirler ve kendi literatürleri, kendi okulları veya benzeri eğitim kurumları vardır.

4. Hukukçu uzmanların yetiştirildiği hukuk öğretimi, hukuk kurumları ile karmaşık, diyalektik bir ilişkiye sahiptir. Zira öğretim bir yandan bu kurumları tarif ederken; öte yandan, aksi halde bambaşka ve düzenlenmemiş halde olacak hukuki kurumlar düzenlenmekte ve kavramsallaştırılmaktadır. Böylece bu kurumlar, öğretilen anlaşmalar ve maddelere ilişkin tartışmalar aracılığıyla sınıfta dönüşmektedir. Başka deyişle, hukuk sadece hukuki kurumları, hukuki emirleri, kararları ve benzerlerini değil aynı zamanda hukuk bilimcilerinin (bazı durumlarda yasa koyucuların, hâkimlerin ve hukukçular gibi konuşan ya da yazan bilim insanlarının) ilgili hukuki kurum, emir ya da karar hakkında ne söylediklerini de içerir. Hukuk, tahlil edilmesini ve değerlendirilmesini mümkün kılan hukuk bilimini; meta-hukuku bünyesinde barındırır.

Batı hukuk geleneğinin bu ilk dört özelliği, Roma Cumhuriyeti ve Roma İmparatorluğu'nda İ.Ö. ikinci yüzyıldan İ.S. sekizinci yüzyıla ve sonrasına dek gelişen Roma hukukunda da mevcuttur. Ancak bu özellikler ne çoğu çağdaş Batılı-olmayan kültürde görülür ne de on birinci yüzyıldan önce Batı Avrupa'daki Cermen halkları arasında hüküm süren hukuk düzenlerinde mevcuttur. Cermen hukuku, siyasi ve dinî hayatla ve örf-âdet ve ahlakla bütünleşmiştir -bugün, okul, mahalle, fabrika, köy gibi pek çok resmî olmayan toplulukta görüldüğü gibi. O zamanlar ne Frenk İmparatorluğu'nda ne de Anglo-Sakson İngiltere ile Avrupa'nın herhangi bir yerinde, bir yandan hukuki normlar ve usul arasında, öte yandan dinî, ahlaki, ekonomik, siyasi ya da diğer standart ve pratikler arasında böylesi keskin bir ayrım yapılmamıştı. Kuşkusuz, kimi yasalar, hatta kimi durumlarda kral tarafından onaylanan yasa derlemeleri vardı, ancak hukukçu veya yargıçlar yoktu, hukuk bilginleri, hukuk okulları, hukuk kitapları ve hukuk bilimi de yoktu. Kilise'de, ilkel biçimde organize edilmiş Kanonların ve günahların cezalarının bulunduğu manastır kitaplarının dışında, teolojinin içinde eriyen bir hukukun bulunduğu doğrudur. Ne var ki, Kilise Hukuku denebilecek bir literatür bulunmamaktadır.

5. Batı hukuk geleneği, uyumlu bir bütün, bütünleşmiş bir sistem, bir "gövde" olarak tasavvur edilmiştir ve bu gövdenin yüzyıllar ve nesiller boyunca gelişeceği öngörülmüştür. *Corpus juris* olarak hukuk kavramının, ahlak ve geleneklerden ayrı kabul edildiği her hukuk sisteminde örtük olarak bulunduğu söy-

lenebilir. Genellikle, bu hukuk kavramının, Iustinianus'un Roma hukukunda sadece örtük olarak değil aynı zamanda aleni olarak da bulunduğu varsayılır. Ancak *corpus juris Romani* betimlemesi Romalılar tarafından değil on ikinci ve on üçüncü yüzyıl kilise hukukçuları (kanoncular) ve Roma hukuku araştırmacıları tarafından kullanılmıştır ki, bu araştırmacılar da *corpus juris Romani* betimlemesini kendilerinden birkaç yüz yıl önceki eski Iustinianus metinlerini keşfederek onları Avrupa üniversitelerinde öğreten hukukçuların çalışmalarından çıkarmışlardır. Iustinianus'un Roma hukukunu ilk kez koordine ve entegre eden, on ikinci yüzyılın çatışmaları uzlaştırma ve kurallar ile davalardan genel kavramlara ulaşma şeklindeki skolastik tekniğidir.[6]

---

[6] Yirminci yüzyılın başlarında Alman tarihçi ve sosyolog Max Weber, Batı'nın, diğer uygarlıklarda olmayan bir hukuki düşünce yöntemi geliştirdiğini doğrulamaktadır. Bkz. *Max Weber on Law in Ecnonomy and Society*, ed. Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1966), ss. 304-305 [Türkçesi: *Ekonomi ve Toplum*, İkinci baskı, Yarın Yayınları, 2018]. Ancak Weber, bu yöntemi, yöntemin niteliklerinden sadece birisi ile tanımlamıştır; bu niteliği "formal rasyonalite" olarak adlandırmıştır. Bu da özünde on dokuzuncu yüzyılın hukukçularının; özellikle de soyut hukuki kurallardan mantıksal tutarlılığı olan ve verili bir hukuki davada ya da problemde etkin biçimde tanımlanabilecek ve sorunu ya da davayı çözecek bir yapı inşa etmeye çalışan Almanya'daki hukukçuların (Weber'e göre İngiltere'dekiler dâhil değildir) yöntemidir. Bu yöntem on dokuzuncu yüzyılda karşıtları tarafından "kavramsalcılık" *Begriffsjurisprudenz* olarak adlandırılmıştır. Max Rheinstein, Max Weber'in *Sociology of Law* adlı eserinde hukuki akıl yürütmenin kapitalizmin yükselişinin sebebi mi yoksa sonucu mu olarak ele alınacağını ortaya koyduğunu söylemektedir. Rheinstein'ın kendisi, yöntemin "on ikinci yüzyılın ilk İtalya, sonra Fransa, Hollanda ve Almanya'daki üniversitelerde geliştirilerek" -İngiliz *common law*'unun aksine- Avrupa Medeni Hukuku'nun karakteristik özelliğini oluşturduğunu söylemektedir. *Max Weber*, s. 1i. Yine de on ikinci ve on üçüncü yüzyılın akıl yürütmesinde; İtalya'da, İngiltere'de, Fransa'da ya da Sicilya'da veya Batı Avrupa'nın başka bir yerinde Roma Hukukunda (Medeni Hukuk), kanon hukukunda ya da feodal hukukta, krallığın hukukunda veya kent hukukunda; on dokuzuncu yüzyıldaki anlamıyla "kavramsalcılığın" büyük değil küçük bir rol oynadığını anlamak için on ikinci ve on üçüncü yüzyılların hukuk literatürünü okumalıdır. Dönemin bütün hukuk sistemlerinde davalardan kuralların ve kavramların çıkarılmasına çok önem verilmiştir ki bu yöntem Rheinstein ve diğerlerinin isabetle belirttiği gibi İngiliz *common* law geleneğinin de asli akıl yürütme yöntemidir. Örneğin on ikinci yüzyılda ve sonrasında kanon hukukunun esas kaynaklarından olan Papalık Kararnameleri, özünde papalık mahkemelerindeki davalarda verilen kararların tutanaklarıdır. Ayrıca çatışan otoriteleri uzlaştırmak ve yazarların çelişkilerini ve saygınlıklarını da belirlemek için çeşitli diyalektik yöntemler geliştirilmiştir. Hepsinin ötesinde görünen o ki, Gratianus tarafından icat edilen hukukun kaynaklarının hiyerarşisi fikri ile hukuk sisteminin entegrasyonu tamamlanmıştır. 1140 yılında yazılan *Concordance of Discordant Canons* adlı eserinin ilk satırlarında Gratianus, çatışmaları halinde örf ve âdetin yasaya, yasanın doğal hukuka doğal

6. Hukuk sistemi ya da gövdesi kavramı bugün de varlığını sürdürmesini hukukun karakterinin sürekliliğine, nesiller ve yüzyıllar boyunca gelişme kapasitesine olan inanca, kesinlikle Batılı olan o eşsiz inanca borçludur. Hukukun gövdesi hayatta kalır, zira bünyesinde organik değişimi mümkün kılan bir mekanizmayı barındırır.

7. Hukukun gelişiminin bir iç mantığının olduğu düşünülmektedir; değişiklikler sadece eskinin yeniye uyarlanması şeklinde olmaz; bir değişim örüntüsünün parçasıdır. Gelişme süreci kesin bir düzenliliğe bağlıdır, en azından geriye bakıldığında, içsel bir gerekliliği yansıtmaktadır. Batı hukuk geleneğinde, değişikliklerin gelişigüzel gerçekleşmediği fakat bugünün ve geleceğin ihtiyaçlarını karşılamak için geçmişin yeniden yorumlanmasıyla meydana geldiği varsayılmaktadır. Hukuk sadece süregiden bir şey değildir, bir tarihi vardır. Bir hikâye anlatır.

8. Hukukun tarihselliği, onun siyasi otoritelere üstünlüğü kavramı ile ilişkilidir. Hukukun gerek verili bir zaman diliminde gerekse uzun vadede gelişmekte olan yapısı, kimileri tarafından -herkes tarafından değil, hatta çoğu tarafından bile değil- devletin bizatihi kendisine bağlanır. Her ne kadar "anayasacılık" kavramı Amerikan Devriminin bir katkısı sayılsa da yirminci yüzyıldan bu yana, Batı'nın bütün ülkelerinde, hatta mutlak monarşilerde dahi, geniş ölçüde kullanılmakta ve bazı önemli veçheleri bakımından hukukun siyasetin üstünde yer aldığı kabul edilmektedir. Buna göre, monark kanun yapabilir ama keyfi kanun yapamaz ve ilgili kanunu yeniden yapana kadar, yaptığı kanunla bağlıdır.

---

hukukun da ilahi hukuka uygun olması gerektiğini söylemiştir. Bu, hukukun belirdiği o dönemde en yaygın biçimi olan örf ve âdetin akılla değerlendirilmesi gerektiği; akla uygun değillerse reddedilmeleri gerektiği anlamına gelmekteydi. Buna Weberyan anlamda "formal rasyonalizm" ya da "mantıksal formalizm" denemezdi. Yine de bu fikir, çeşitli hukuk sistemlerinde hukukun gelişmekte olan "organlar"ının bütünleşmesi için bir zemin oluşturmuştur -sadece kuralların değil, ilkelerin de usuller ve kararlar kadar bütünleşmesinde.

Daha genel olarak Weber'in hukuk sistemlerini üç geniş tipe ayırarak sınıflandırması -Rasyonel, Geleneksel ve Karizmatik- felsefi bir bakış açısından anlamlıdır ancak tarihsel ve sosyolojik bakış açısından yanıltıcıdır. Zira Batılı hukuk sistemleri ve bir bütün olarak Batı hukuk geleneği her üç tipi de bünyesinde birleştirmiştir. Böylesi bir birleşme, hukukun organik bir bütünle bütünleştirilmesi için gerekli olabilir -bir hukuk "gövdesi"nin sürekli büyüme kapasitesine sahip olduğu tasavvur edilmiştir.

Bu meseleler, bu kitabın sonuç bölümünde kapsamlı olarak tartışılacaktır.

9. Batı hukuk geleneğinin belki de en ayırt edici özelliği, farklı hukuk sistemlerinin ve farklı mahkemelerin aynı toplumda rekabet halinde ama bir arada olmasıdır. Tam da bu hukuk sistemlerinin ve yargı çevrelerinin (mahkemelerin) çokluğu, hukukun üstünlüğünü hem mümkün hem de zorunlu kılmaktadır.

Hukuki plüralizm, kilise siyasetinin seküler politikalardan farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Zira kilise, seküler denetimden, seküler otoritelerin bazı meselelerdeki münhasır ve bazı meselelerde kesişen yargı yetkisinden bağımsızlığını ilan etmiştir. Ruhban sınıfından olmayanlar, genellikle seküler hukuka tâbi olsalar da, imanın da işe dahil olduğu evlilik ve aile ilişkileri, miras, dine karşı suçlar, sözleşme ilişkileri ve bir dizi başka mevzuda kilise hukukuna ve kilise mahkemelerine bağlıydılar. Buna karşılık, ruhban sınıfı genellikle kilise hukukuna tâbi olsalar da belli bazı suç tiplerinde ve mülkiyete ilişkin belli uyuşmazlıklarda seküler hukuka ve seküler mahkemelere bağlıydılar. Seküler hukukun bizatihi kendisi de krallık, feodal hukuk, malikâne hukuku, kent hukuku ve merkantilist hukuk gibi, rekabet halindeki farklı hukuk türlerine ayrılmıştır. Aynı kişi, bir davada kilise mahkemesine, bir başka davada kraliyet mahkemesine, üçüncü bir davada lordun mahkemesine, yine başka bir davada feodal mahkemeye, ötekinde kent mahkemesine ve diğer bir davada ticaret mahkemesine tabi olabilirdi.

Hukuki karışıklığa yol açan, tam da bu ortak hukuki *düzen*de mevcut birden fazla hukuk *sistem*inin karmaşıklığıdır. Hangi mahkeme yetkili? Hangi hukuk uygulanacak? Hukuki farklılıklar nasıl uzlaştırılacak? Bütün bu teknik meselelerin arkasında daha önemli siyasi ve ekonomik hususlar yatmaktadır; kilise taca karşıdır, taç kente karşıdır, kent lorda karşıdır, lord tüccara karşıdır, vb. Hukuk, bu siyasi ve ekonomik çatışmalar için bir çözüm yoluydu. Öte yandan hukuk bu çatışmaları alevlendirebiliyordu da.

Batı'da hukukun plüralizmi, Batı'nın politik ve ekonomik plüralizmini hem yansıtmış hem de pekiştirmiştir. Plüralizm, hukuki olduğu kadar siyasi ve ekonomik büyümenin ve gelişmenin de kaynağı olmuştur ya da bir zamanlar olmuştu. Hukuk plüralizmi, aynı zamanda özgürlüğün de kaynağı olmuştur, ya da bir zamanlar olmuştu. Bir serf, efendisine karşı korunmak için kent mahkemesine başvurabilirdi. Bir vasal, lordundan korunmak için Kralın mahkemesine başvurabilirdi. Ruhban sınıfından

birisi de krala karşı korunmak için Kilise mahkemesine başvurabilirdi.

10. Batı hukuk geleneğinde; ideal ile gerçeklik arasında, dinamik nitelik ile durağanlık arasında; aşkınlık ve içkinlik arasında bir gerilim mevcuttur. Bu gerilim, belirli aralıklarla devrim yoluyla hukuk sisteminin alt üst edilmesine yol açan neden olan şiddete neden olmuştur. Ancak yine de içerdiği hukuk sistemlerinden daha büyük bir şey olan hukuki gelenek, ayakta kalmış ve devrimlerle yenilenmiştir.

Hukuk ve Tarih

Batı hukuk geleneğinin hikâyesini takip ve kabul etmek hem hukuka hem de hukukun tarihine dair, bugün en azından üniversitelerde, geniş ölçüde kabul görmeyen örtülü teorilerle yüzleşmektir. Hâkim teoriler, hikâyenin değerini anlamaya ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Hukuku, yasalar ve mahkeme kararlarından oluşan bir kurallar bütünü olarak ele alan; hukukun nihai kaynağının yasa koyucu, "devlet" olduğunu savunan görüşü yansıtan geleneksel hukuk anlayışı, ulusötesi hukuk kültürünü ele alan bir çalışma için tümüyle yetersizdir. Batı hukuk geleneğinden söz etmek, kurallar bütünü olarak değil, fakat kuralların kurumlar, usûl, değerler ve düşünme biçimleri bağlamında anlam kazandığı bir süreç, bir girişim olarak hukuk kavramını koyutlamaktır. Bu geniş perspektiften hukukun kaynağı sadece yasakoyucunun iradesi değil fakat aynı zamanda toplumun aklı ve vicdanı ile âdetleri ve alışkanlıklarıdır. Bu, hukuka dair hâkim görüş değildir ancak hiçbir surette alışılmamış da değildir. Zira yakın zamana değin hukukun dört kaynağının olduğu söylenirdi; yasama, içtihat, *equity* [hakkaniyet] ile örf ve âdet.[7] Batı hukuk geleneğinin oluşum evresinde, daha sonraki yüzyıllarda ortaya çıktığı kadar yasama ve içtihat yoktu. Yasalar demeti, örf ve âdetten derleniyor ve *equity*'nin (akıl ve vicdanla tanımlanan) ışığında ele alınıyordu. Eğer Batı hukuk geleneğinin hikâyesi takip ve kabul edilecekse örf ve âdet ile *equity*'nin en az yasalar ve yargı kararları kadar *hukuk* olduğunun farkında olmak zorunludur.

Hepsinin ötesinde Batı'da hukukun, her biri anlamını kısmen bütün bir sistemden alan çeşitli kurucu unsurlara sahip entegre

---

[7] Bkz. C. K. Allen, *Law in the Making*, 7th ed. (Oxford, 1964), ss. 65-66.

hukuk sistemleri içinde biçimlendiğini kabul etmek gereklidir. Dahası her sistemin sürekli gelişim halinde olduğu düşünülmüştür. Bu nedenle her kurucu unsur anlamını, sadece sistemin geçmişte olduğu halinden değil, fakat gelecekte alacağı biçimden de kazanmıştır. Bunlar, Weber'in "formal rasyonalite" yahut "mantıksal formalizm" dediği; emir vererek kural koyan ve bu kurallara istediği gibi uyulmadığında cezalar öngören bir egemenin varlığını şart koşan hâkim "analitik hukuk felsefesinin" beylik hakikatleri de değildir. Oysa bu, hem formalizm karşıtları hem de formalizm savunucuları tarafından kesin bir betimleme olarak kabul görür. Weber'e göre bu durum kapitalizmin gelişiminde hukukun işlevini açıklamaktadır. Böylesi bir hukuk kavramı, genellikle kökenlerini feodal dönemden aldığı ve kilise ile seküler düzenin ayrışmasına dayandığı düşünülen Batı hukuk geleneğinin hikâyesini anlamanın önündeki aşılması zor bir engeldir. Gerçek şu ki, ilk Batı hukuk sisteminin, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında yaratılan yeni Kilise hukuku (Kanon) ile kurulduğu, belki de hukukun doğasına ilişkin hâkim teorilerle uyuşmadığı için, genellikle gözden kaçırılmaktadır.

Eğer analitik hukuk felsefesi ya da bugün sıklıkla söylendiği biçimiyle hukuki pozitivizm, Batı hukuk kurumlarının gelişim hikâyesini kavrama noktasında yetersiz bir teorik temel oluşturuyorsa, hangi teori ya da teoriler daha iyi bir temel sunacaktır? Bizzat Batı hukuk felsefesinin sunduğu seçenekler "doğal hukuk teorisi" ve "tarihçi hukuk okulu"dur. Son dönemde yeni bir okul olan "sosyolojik hukuk felsefesi" gündeme gelmiştir. Bütün bu okullar, elbette başka biçimler almıştır. Oysa her teori gerçekliğin sadece bir boyutuna odaklanmıştır. Hiçbirisi, tek başına, hukukun Batı'daki tarihini anlamaya yetecek bir temel sunamaz. Batı hukuk geleneğinin kendisi, kısmen, çeşitli hukuk felsefesi okullarının ortaya çıkışının ve çatışmasının hikâyesidir. Bu okullar, tarihi açıklamaz, tersine tarih onları açıklamaktadır; nasıl ortaya çıktılar, neden farklı zamanlarda farklı yerlerde farklı okullar hâkim oldu?

Batı hukuk geleneğinin oluşum aşamasında doğal hukuk teorisi hâkim olmuştur. Bu dönemde genellikle insan yapısı yasaların nihayetinde akıl ve vicdandan kaynaklandığına ve yine en nihayetinde akıl ve vicdanla sınanacağına inanılmıştır. Sadece hukuk felsefesine göre değil, bizzat pozitif hukuka göre de gele-

nekten gelen yahut yapılan herhangi bir pozitif yasa doğal hukuka uygun olmak zorundadır. Aksi halde geçerli olmayacak ve ona riayet edilmeyecektir. Bu teorinin temelinde Hıristiyan teolojisi olduğu kadar Aristoteles felsefesi de bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda dinî otoriteler ile seküler otoriteler arasındaki mücadelenin tarihi ve plüralizm politikası da bulunmaktadır. Bu, herhangi bir yasanın "usule uygunluk", "eşit koruma", "özgürlük", "mahremiyet" vb. anayasal gerekliliklere uygun olması gerektiğini savunan ABD hukuk teorisi ile karşılaştırılabilir. Buradaki, esasında on dördüncü yüzyıl İngiliz deyişi olan "usule uygunluk" doğal hukuk anlamına gelmektedir. Bu doğal hukuk teorisi ABD'de pozitif bir hukuk metninde yazılıdır ancak yazılı olması kavramın politik ("pozitivist") bir açıklamasının yapılmasına engel değildir. Nitekim devletin, yönetenlerin ya da iktidardaki sınıfın yeri geldiğinde usule uygunluktan ve hukukun gereği gerekçesinden nasıl yararlandığını göstermek hayli kolaydır.

Benzer biçimde, hukukun anlamını ve otoritesini geçmişte yaşayan insanların hukukundan, geleneklerinden, onların kurumlarının dehasından, tarihi değerlerinden ve teamüllerinden aldığını savunan tarihçi hukuk felsefesi İngiliz hukuk sistemine on yedinci yüzyıldaki İngiliz Devriminden sonra, İngiliz hukuk *felsefesi* henüz doğal hukuk teorisi ile pozitivizm arasında gidip gelmekte iken dâhil olmuştur. Ancak tarihçi okul, İngiliz hukuk felsefesinde, en azından yirminci yüzyılda, pek az taraftar bulmuştur. Tarihçi okulun anavatanı; "yabancı" Roma hukukundan alınmış kendi tarihi hukuki kurumlarının dışında, özellikle on dokuzuncu yüzyılda ulusal hukukunu yaratan İngiltere değil; aksine büyük Alman hukukçularının Alman ruhunun yansıması olarak gördükleri Alman hukukuna övgüler düzdüğü Almanya'dır.

Batı hukuk tarihinde, sıklıkla paradoksal nedenlerle -mevcut hukuki gerçekliğe ideolojik bir tepki örneğindeki gibi- farklı zamanlarda farklı yerlerde hâkim olan çeşitli hukuk felsefesi yaklaşımları yeşermiştir. Bu nedenle Batı hukuk tarihini öğrenmek isteyen öğrenciler her bir okulun kendilerini sınırlaması hususunda uyanık olmalıdır. Dolayısıyla bu hukuk okullarını, herhangi bir yaklaşıma payanda olarak kullanmak yerine tarihsel deneyimi başarıyla yansıtacak ekranlar olarak ele almak daha uygun ve daha "Batılı" olacaktır.

Eğer bu çeşitli hukuk yaklaşımları Batı hukuk geleneğini an-

lamanın ve benimsemenin önünde engel oluşturuyorsa, hukuk tarihi dâhil olmak üzere tarihe ilişkin teoriler daha büyük engel oluşturacaktır. Bu teoriler şu sorularla uğraşmaktadır: Tarihin bir anlamı ya da istikameti var mıdır? Tarihi dönemlere ayırmak gerekçelendirilebilir mi? Eğer gerekçelendirilebilirse, hangi temellerde? Tarihin kanunlarından yahut herhangi bir bağlamda tarihsel nedensellikten söz edilebilir mi (örneğin ekonomik temel, ideolojik üst yapı ya da iktidarın üstünlüğü gibi)? Daha genel bir düzeyde her ulusun tarihi ile bir bütün olarak Batı'nın tarihi arasındaki ilişki nasıl ele alınabilir? Büyük devrimlerin Batı'nın tarihindeki rolleri nedir? "Orta Çağ", "modern", "feodalizm" ve "kapitalizm" gibi kavramlar ne anlama gelmektedir?

Her ne kadar Batı hukuk geleneğinin kaynakları ve erken gelişim döneminin hikâyesi bu geniş tarih yazımı meselelerini çözmeye girişmeden anlatılabilecek olsa da genel olarak tarihe, özel olarak Batı tarihine ilişkin kimi teorik sorunları ele almak; bu husustaki peşin hükümleri ortadan kaldırmak için gereklidir. Daha önemlisi doğabilecek bazı teorik soruları bizzat hikâyenin kendisi hayli çarpıcı biçimde aydınlatmaktadır.

Tarihin anlamına, istikametine ve tarihin dönemlere ayrılmasına ilişkin sorular Batı hukuk geleneğinin oluştuğu dönemin dramatik koşulları sonucunda kaçınılmaz olarak ortaya çıkmıştır. Bu dramanın aktörleri hiç şüphesiz tarihsel bir kaderi gerçekleştirmiştir. Kuşkusuz tarihin bir anlamının olmadığını, tarihteki değişimlerin tesadüfî olduğunu ve her dönemlere ayırma faaliyetinin keyfi olduğunu savunanların bu güveni kendi başına durumun öyle olduğunu göstermez. Bununla birlikte tarihin bir anlamının, istikametinin ve dönemlerinin olmadığını savunacak denli ileri gidenler, burada anlatılan hikâyeye, tarihe; aynı olay ve olgularla ilişkili olarak daha az anlam yükleyen, daha belirsiz bir rota çizen ve sınırları keskin olmayan dönemler belirleyen geleneksel yaklaşımlara yöneltebileceklerinden daha fazla itiraz yöneltmemelidir. Eğer bütün dönemleştirmeler keyfi ise, on altıncı yüzyıldan önceki her şeyin "Orta Çağ"a ilişkin olduğunda ve 1050'den 1150 ya da 1200 yılına kadar olan süreçte radikal bir süreksizlik yaşanmadığında ısrar eden geleneksel analiz de "modern" hukuki ve siyasi kurumların on birinci yüzyılın sonlarında ortaya çıktığına dair bir analiz kadar keyfidir. Benzer biçimde, batıdaki kurumların tarihsel gelişiminde herhangi bir örüntü görmeyenler, nesiller ve yüzyıllar boyunca ortaya çıkan

evrimler ile devrimler arasındaki karşılıklı bir ilişki olduğunu savunanların yahut sadece evrim ya da sadece devrim görenlerin söyledikleri karşısında daha fazla umutsuzluğa kapılmamalıdır.

Burada anlatılan hikâye ile ilgili olarak en fazla güçlük çekecek olanlar; tarihin anlamı, istikameti ya da dönemlere ayrılmasına ilişkin sorularla doğrudan hiç yüzleşmediği halde on altıncı yüzyıldan bu yana öğretilen geleneksel tarih yazımını hiç eleştirmeden kabul edenlerdir. Geleneksel yaklaşım Batı tarihini üç döneme ayırır; antik dönem, Orta Çağ ve modern dönem. Antik dönem, eski Yunan ve Roma tarihidir. Barbar istilaları sonucunda Roma'nın çöküşü, kabaca beşinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla kadar süren Orta Çağ'ı başlatmıştır. Daha sonra modern zamanlar başlamıştır, kimilerine göre Rönesans kimilerine göre Reform Hareketi ile birlikte, yine kimilerine göre de her ikisi ile birlikte. Modern dönemi Reform Hareketi ile başlatanlar nispeten daha farklı bir hikâye anlatabilirler. Onların hikâyesinde, Eski İsrail Antik Dünyanın haritasına yerleştirilecektir. Orta Çağ, erken Kilise dönemi ile Luther'in Roma Kilisesi'nden ayrılışı arasındaki dönem olarak tanımlanacaktır. Öte yandan Protestanlar, Batı düşünce ve sanatının Eski Yunana; Batı siyasetinin ve hukukunun Roma'ya uzandığını söyleyen Hümanistlerle birleşecektir. Nihayetinde hepsi Aydınlanmanın etkisiyle; tarihi, tek tek ulusların -özellikle ABD, İngiltere, Fransa ve Almanya'nın- tarihi saysalar bile, eski Yunan ve Roma ve belki eski İsrail'in de Batı uygarlığının biçimlenişinin tarihsel arka planında yer aldığında uzlaşacaktır.

Geçmişin böyle kavramsallaştırılması pek çok anlam, istikamet ve dönemselleştirme anlamına gelmektedir. Yine de bu, son elli yılın en iyi tarih araştırması ile bağdaşmamaktadır. Zira ilgili çalışma, "karanlık dönemi" 1450-1500 yıllarından 1050-1100 öncesi döneme çekmiştir. Öyle ki, en muhafazakâr tarihçiler bile bugün, Erken Orta Çağ ile Geç Orta Çağ arasında keskin bir ayrım yapmaktadır. Dahası erken Orta Çağ'da Cermen halklarının tarihinin sürekliliğini Roma İmparatorluğu'nun tarihinin sürekliliği ile, genel olarak da Roma ve Yunan tarihinin sürekliliği ile birlikte varsayan önceki yaklaşım ihmal edilmiştir. On birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Yunan felsefesi ve Roma hukukunun geniş kapsamlı yeniden canlanışı hem Batı kilisesinin hem de Avrupa uluslarının tarihinde önemli bir dönüm noktasına işaret etmektedir ve Avrupa şehirlerinin yükselişi ile diğer temel sosyal ve ekonomik değişimlerle de bağlantılıdır.

Tam bu noktada, kanıtlar ne gösterirse göstersin, pek çok insan meseleye şüpheyle ve öfkeyle yaklaşacaktır. Belki de kendi kendilerine şöyle söyleyeceklerdir: "Onlarsız tarih olmayacağı için örüntüler ve düzenlilikler, her ne kadar olgunun ötesine geçseler de, zorunlu olabilir. Ancak radikal süreksizlikler zorunlu değildir, hatta doğal bile değildir. 'Doğa, sıçrama yapmaz.' Ancak Batı tarihi, zaman zaman Rus Devrimi, Fransız Devrimi, Protestan Reformu gibi sıçramalar yapsa bile 'Orta Çağın' tam ortasında radikal bir süreksizliğin meydana geldiğini söylemek sadece doğaya aykırı değil aynı zamanda alışılmamıştır da. Bu bize Kader Çağı hakkında öğretilenlerle bağdaşmamaktadır. Neden 1500 yılındaki Avrupa toplumu ile 500 yılındaki Avrupa toplumu arasındaki farklılıkların, kimi zaman büyük bir hızla kimi zamansa bir nesil ya da bir yüzyıl boyunca yaprak kımıldamadan geçse de, sürekli yaşanan kademeli değişikliklerin sonucunda ortaya çıktığına inanmaya devam etmeyelim? Neden kentlerin birdenbire seksen ya da doksan yılda değil de yavaş yavaş on ya da beş ya da en azından üç yüzyılda kurulduğuna (ya da yeniden canlandığına) inanmaya devam etmeyelim? Neden Papa'nın, birdenbire üç nesil içinde değil de on yüzyılda aşama aşama Kilise'nin en üstün yasa koyucusu ve yargıcı haline geldiğine inanmaya devam etmeyelim? Neden imparatorun ve kralların kutsal işlevlerini ve büyülü niteliklerini zaman içinde siyasi ve dinî mücadelelerin sonucunda değil de yaklaşımlarındaki kademeli değişimlerin sonucunda kaybettiklerine inanmaya devam etmeyelim ki?"

Batı hukuk geleneğinin kökenlerine dair bir çalışma, kademeli değişikliklerin lehine olan bu ideolojik önyargıları düzeltmelidir. Hukuk, diğer politik kurumların çoğundan daha yavaş değiştiği içindir ki, bir hukuk sisteminde ani ve radikal değişikliklerin gerçekleşmesi beklenmemelidir. Bununla beraber Avrupa'daki herhangi bir hukuk sistemini inceleyen birisi, ilkin 1000-1050 yılları sonra 1150-1200 yılları arası dönemde çok büyük bir dönüşümle karşılaşacaktır. Bu her şeyin ötesinde kilise hukuku bakımından bir gerçektir.

Roma Kilisesi'ndeki devrimci değişikliklerden söz etmek, kuşkusuz, çok erken zamanlardan itibaren kimi unsurları yavaş yavaş ayıklanan Roma Katolik Kilisesi'nin ortodoks yapısını (Doğu Ortodoks Kilisesi'ni değil) sorgulamak anlamına gelmektedir. Bu esasında, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci

yüzyılın başlarındaki Katolik reformcuların resmî görüşüdür. Onlar sadece geriye, bir önceki ataları tarafından ihanet edilmiş daha eski bir geleneğe döndüklerini söylemişlerdir. Daha önceki bir zamana dönüş miti aslında bütün Avrupa devrimlerine damgasını vurmuştur. Luther, daha sonra papalık tarafından ihanete uğrayan ilk Hıristiyanlığa dönüş vaazı vermiştir. Cromwell yönetimindeki İngiliz Puritenler yüz elli yıllık Tudor despotizminden sonra "kadim İngiliz özgürlüklerini" geri getirdiklerini vazettiler. Fransız Devrimi, feodalizme ve aristokratik imtiyazlara karşı savaşmak için klasik antikiteye ve doğa durumuna geri dönmüştü. Rus Bolşevikler de özel mülkiyetin ortaya çıkmasından önceki sınıfsız ilkel topluma dönüş vaazı vermişlerdi.

Bir hukuk sisteminin radikal dönüşümü, esasında paradoksaldır zira hukukun temel amaçlarından birisi istikrarı ve sürekliliği sağlamaktır. Dahası hukuk -bütün toplumlarda- iktidarını kendisinin dışında bir şeyden alır ve eğer bir hukuk sistemi aniden bir değişikliğe uğrarsa, kaçınılmaz olarak hukukun iktidarının kaynağının meşruluğuna dair sorular yükselmeye başlar. Esasında hukukta geniş ölçekli ani değişiklikler -devrimci değişimler- doğa dışıdır. Eğer bir kere gerçekleşmişse yeniden olmasının önlenmesi için bir şeyler yapılması gerekir. Yeni hukuk sıkı bir biçimde kurulmalı; başkaca bir süreksizlik tehlikesine karşı korunmalıdır. İlerideki değişiklikler kademeli olanlarla sınırlanmalıdır.

En azından on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarından itibaren Batı hukuk geleneğinin gelişimi esnasında ortaya çıkan geniş ölçekli devrimci değişimlerin seyri böyle olmuştur. Devrimle kurulan yeni hukuk sistemine tarihi bir boyut katılmıştır. Her şeyden evvel, yeni hukuk sisteminin kendisine yol açan tarihi olaylardan kaynaklandığı düşünülmüştür. İkincisi hukuk sisteminin sadece yeni koşullara bir cevap olarak değil, aynı zamanda belirli tarihsel örüntülere göre değiştiği düşünülmüştür. Hukuk tarihsel bir fenomen olarak ele alınmış ve bir tarihsellik olarak adlandırılabilecek bir özelliğe sahip olduğu düşünülmüştür. Hukuk sadece evrilmemelidir, hukukun evrildiği de görülmelidir.

Ne var ki, Batı hukukunun tarihselliği düzenli aralıklarla, nihayetinde mutlaka tarihsel hukuk geleneğine dönse de kendisini dönüştürüp yeni istikametlere yönlendiren devrimlerin patlak vermesine engel olamamıştır.

Batı'da hukukun tarihselliği, (Nietzsche'nin deyimiyle) geçmişin "kör iktidarı" ile karıştırılmamalıdır. Sadece tarihçi okulun teorisyenlerine göre değil, doğal hukukçu ve pozitivist hatta hukukun daha güçlü olanın iradesi olduğunu düşünen siniklere göre de bu meselede, bütün bu çelişen hukuki kurumların, usullerin, değerlerin ve kavramların aslında tarihi bir boyutu vardır. Hepsi de anlamlarını kısmen kendi tarihlerinden alır. Herhangi bir Batı hukuk sitemindeki bir kuralı (kavramı, değeri veya kurumu) açıklamaya ya da yorumlamaya çalışırken sadece mantığa, siyasete yahut adalete başvurmak tek başına yeterli değildir; o kuralın ortaya çıktığı koşullar ve zaman içinde etkilendiği olaylar da açıklanmalı ve yorumlanmalıdır. Dogmatik yöntem, politik yöntem ya da *equity* yöntemi daima tarihsel yorum yönteminden beslenir. Hukukun kaynaklarının çoğulluğu bir yandan onun tarihselliğini korur öte yandan kör tarihselciliği önlemeye yardımcı olur.

Kör tarihselcilik, Batı uygarlığını kuran ve hukukun gelişim evreleri ile de örtüşen çoğulluk sayesinde de önlenir. Hukukun tarihi boyutunu herhangi monolitik bir bağlamda kuran "geçmiş" değildir; daha ziyade her insanın yaşadığı çeşitli toplumlar ve bu toplumların yarattığı çeşitli hukuk sistemleridir. Ne zamanki bütün bu toplumların farklı hukuki rejimler (yerel, bölgesel, ulusal, etnik, profesyonel, siyasi, entelektüel, ruhsal, vb.) ulus-devletin hukuku tarafından yutulmuştur, işte o "tarih" zorba haline gelmiştir.

Çağdaş milliyetçiliğe içkin en büyük tehlike de esasında budur. Batı Hıristiyanlığı bağlamında birbirleri ile etkileşimlerinin sonucunda ortaya çıkan Avrupa ulusları, on dokuzuncu yüzyılda giderek birbirlerinden bağımsız hale gelmiştir. I. Dünya Savaşı ile birlikte birbirlerinden şiddetli biçimde ayrılmışlar ve gevşek de olsa onları bir arada tutan bağları koparmışlardır. Yirminci yüzyılın sonlarında bizler hâlâ on dokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan ve ortak Batı mirasının çözülmesine neden olan milliyetçi tarih yazımının acısını çekiyoruz.

On dokuzuncu yüzyılda beliren sözüm ona bilimsel tarih anlayışı; başka deyişle olguların sistematik ve zahmetli biçimde araştırılması, Avrupa'da henüz deneyimlenen yoğun milliyetçiliğin ortaya çıkışıyla zamansal olarak kesişmektedir ve şunu göstermek istemiştir: Ranke'nin ünlü deyimiyle *wie es eigenlich gewesen ist*; "aslında ne oldu"? Bu, özetle tarihin ulusal tarih ol-

duğu anlamına geldiğini varsaymaktadır. Tarih nesnel olmalıdır ancak aynı zamanda ulusun tarihi olmalıdır. Yirminci yüzyılda bu anlayışta kimi değişiklikler olmuştur. Sosyal tarihçiler ve ekonomi tarihçileri bir bütün olarak Batı hakkında yazan ve milliyetçi bariyeri yıkan ilk tarihçilerdir. I. Dünya Savaşından sonra bu yaklaşım kimi siyasi tarihçiler arasında da yaygınlaşmıştır. Hatta Avrupa hukuk tarihi, İngiliz ve Amerikan hukuk tarihleri alışılmadık ölçüde dışarıda bırakılsa da, ulusötesi terimlerle açıklanır olmuştur.

İngiliz ve Amerikan hukuk tarihini Batı hukuk sistemleri panoramasına entegre etmeye yönelik hemen hemen hiç çalışma bulunmaması talihsizdir. İngiliz ve Amerikalı hukuk tarihçilerinin dar görüşlülüğü, entegrasyonu hayli güçleştirmektedir. Üstelik bu hukukçular, ana meseleyi tek tek disiplinlere ayırmakta ve böyle olmasaydı meseleye dahil olabilecek olan yabancıyı iyice şaşkına çevirmektedir. Oysa Roma Katolik Kilisesi'ne bağlı oldukları dönemde, İngiltere dâhil, bütün Avrupa ulusları sadece aynı kilise hukukuna tâbi olmamış aynı zamanda birbirlerine çok yakın entelektüel, kültürel ve politik bağlarla bağlanmıştır. Buna rağmen pek çok hukuk tarihçisi İngiltere'yi, sanki İngiltere Avrupa tarihinin dışında imiş gibi ele almıştır. Bu tarihçiler *Common Pleas* ve *King's Bench* gibi kraliyet mahkemelerinde uygulanan *common law* denilen hukuka yoğunlaşarak ve o dönemde İngiltere'de mevcut diğer hukuk alanları ile mahkemeleri ihmal ederek milliyetçi rotalarından sapmamışlardır. Ancak bu haliyle bile İngiltere'deki *common law,* pek çok bakımdan Sicilya, Fransa, Alman dükalıkları ve diğer Avrupa ülkelerindeki kraliyet hukuku/krallık hukuku ve dükalık hukuku ile benzerlik göstermektedir.

Edmun Burke bir keresinde şöyle söylemiştir: "Avrupa'daki ulusların hepsinin yasaları aynı kaynağa sahiptir". Ona göre, İngiltere Avrupa'nın bir parçasıdır. Ne zaman ki, hukuk tarihi bilimsel araştırmanın konusu haline gelmiştir, işte o zaman İngiltere'nin anakara ile bağlantısı kesilmiştir. Bu ise İngiliz hukukunu diğer Avrupa hukuk sistemlerinden farklılaştıran hukuki kurumlar, değerler ve kuralların abartılı bir biçimde vurgulanmasına yol açmıştır. Madem şimdi İngiltere Avrupa Ekonomik Topluluğuna katılmıştır, o halde İngiliz hukuk tarihi, diğer Avrupa hukuk sistemleri ile ortak olan hukuk kurumlarını, usullerini, değerlerini, kavramlarını ve kurallarını vurgulayacak biçimde yeniden gözden geçirilebilir.

Cambridge Üniversitesinde *Downing*'in postuna sahip profesör olarak açılış dersini veren Maitland, 1888 yılında şu soruyu sormuştu: "İngiliz hukukunun tarihi neden yazılmamıştır?"; kendisinin verdiği ilk cevap "İngiliz hukuku çalışmalarının diğer çalışmaların tamamından yalıtılmışlığı yüzünden" olmuştur. İkinci cevabı ise "tarih karşılaştırma gerektirir ve kendi sistemi dışında hiçbir sistemi bilmeyen ve umursamayan İngiliz hukukçu, hukuk tarihi düşüncesine neredeyse yaklaşmamıştır". "Orta Çağ hukukumuz hakkında bu kadar az çalışma yapılmasının sebebi, kesinlikle eminim ki, bizim, Fransız ve Alman hukukuna dair mutlak ve geleneksel cehaletimizdir. İngiliz hukukçular, son altı yüz yıldır bizim hukuk tarihimizin benzersizliğini abartıyorlar... Şunu büyük bir güvenle söyleyecek kadar biliyorum ki Orta Çağ hukukunun büyük bölümü bizimki ile rahatlıkla karşılaştırabilir".[8]

Hukuk ve Devrim

Batı hukuk geleneği, tarihsel seyrinde meydana gelen altı büyük devrimle dönüşmüştür. Bunlardan üçü; Rus Devrimi, Fransız Devrimi ve Amerikan Devrimi, her birinde farklı anlama gelmekle beraber onları gerçekleştirenler tarafından da devrim olarak adlandırılmıştır. Dördüncüsü, İngiliz Devrimi, ilk defa sonuna gelindiğinde 1688-89 yıllarında bir devrim (Şanlı Devrim) olarak adlandırılmıştır; başlangıç aşamasında 1640-1660 yıllarında düşmanları tarafından "Büyük İsyan", dostları[9] tarafından "Özgürlüğün Restorasyonu" olarak adlandırılmıştır; ikinci aşamasında 1660-1685 yıllarında ise dönemin bazı yazarları tarafından devrim olduğu söylense de "Restorasyon" olarak adlandırılmıştır. (Bu, devrim sözcüğünün, büyük bir siyasi alt-üst oluşu tanımlamak için ilk modern kullanımıydı fakat yönetimin dümeninin daha eski bir döneme kırılması anlamında). Dolayısıyla bugün pek çok tarihçinin İngiliz Devrimi dediği süreç üç başarılı "restorasyon"dan oluşmaktadır.[10]

---

[8] F.W. Maitland, "Why the History of English Law is not Written?", H.A.L. Fisher, ed., *Collected Legal Papers of Frederic William Maitland* (Cambridge, 1911) içinde, I, 488.

[9] Cromwell'in 1648-49 tarihli Resmî Mührüne "Özgürlüğün Yeniden Tesisinin Birinci Yılı" kazılıydı ve diğer mühürleri de özgürlüğün yeniden tesisinin ikinci, üçüncü, dördüncü vd. yılı olarak hazırlanmıştı. Bkz. A. and B. Wyon, *The Great Seals* (London, 1887), s. 36 ile Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), ss. 300, 761'deki tartışmalar.

[10] *Glorious Revolution* (Şanlı Devrim) adı 1640'tan itibaren kabul edilen parlamenter ölçütlerle birlikte sürekliliğin korunması için harcanan muazzam çabadan önceki

Beşinci büyük devrim, yine zamanda geri giderek, Almanya'da ulusal bir devrim niteliği taşıyan Protestan Reformudur. 1517'de Luther'in papalığa saldırısı ile başlayan ve 1555'te Protestan Birliği'nin imparatoru hüsrana uğrattığı Reform Hareketi ile Alman prenslikleri arasında dinî barış tesis edilmiştir. Altıncı devrim, o zaman "reformasyon" olarak adlandırılan ve bu çalışmanın konusu olan 1075-1122 yıllarındaki Papalık Devrimidir. Papa VII. Gregorius Reformu "*Refermatio* of Pope Gregory VII", modern dillere genellikle, devrimci niteliği gizlenerek, Gregoryen Reformu olarak çevrilmektedir.

Marksist olmayan tarihçilerin bir kısmı da dâhil olmak üzere, pek çok devrim tarihçisi tarafından devrim olarak nitelenmesine rağmen Alman Reformunu bir devrim olarak adlandırmaya itirazlar yükselebilir. Daha güçlü itirazlar ise Gregoryen Reformunu devrim olarak (hatta belki reform olarak) adlandırmaya yükseltilebilir. Bu nedenle "devrim" sözcüğünün kullanımına ilişkin bir açıklama gerekmektedir.

Batı tarihi, tekrarlayan dönemlerde, önceki siyasi, hukuki, ekonomik, dinî, kültürel ve diğer toplumsal ilişki, kurum, inanış, değer ve amaçların yıkılarak yerlerine yenilerinin konduğu şiddetli altüst oluşlarla çizilmiştir. Büyük tarihi değişikliklerin yaşandığı bu dönemler kesinlikle simetrik değildir ancak yine de belli örüntüler ve düzenlilikler mevcuttur; her biri:

Köklü bir değişim, hızlı bir değişim, şiddetli değişim, sürekli bir değişim, sosyal sistemin bütününde bir değişimle imlenmiştir. Her biri meşruiyeti temel bir yasada, uzak bir geçmişte ve apokaliptik bir gelecekte aramıştır. Her biri, kök salmak için birden fazla nesle ihtiyaç duyar. Nihayet her biri, devrimin ana amaçları ile uyuşan ve Batı hukuk geleneğini değiştiren ancak nihayetinde geleneğin içinde kalan yeni bir hukuk sistemi kurmuştur.

Öte yandan bu büyük değişimler darbe ya da isyan ya da mevcut sistemle uzlaşan değişiklikler de değildir. Bu değişimler

---

bir duruma dönüşü çağrıştırmaktadır. Çünkü 1688'in Kasım ayında; Orange Hanedanı'ndan William ile eşi Mary, II. James'in yerine geçmeleri için İngiltere'ye getirildiklerinde parlamento açık değildi; bu nedenle de en son parlamentonun üyelerini toplantıya çağırma zorunluluğu hissedilmişti. Üstelik James'in mührünün yerine yeni bir Resmî Mühür hazırlanması için beter bir yaygara koparıldı ve James kaçarken mührü de Thames Nehri'ne atıldı. Her şey geçmişte bir dönem olduğu gibi olmalıydı aksi halde bir "devrim" olmayacaktı.

görece hızlı ve büyük bir mücadele ve tutkuyla gerçekleştirilen esaslı dönüşümlerdir.

Son iki yüzyılın devrimleri ile birlikte -özellikle Rus, Fransız ve Amerikan- devrim sözcüğünü böylesi çığır açan dönemleri ifade etmek için, şiddetin bütün anlamlarını da içerecek biçimde ve maruz kaldığı bütün suiistimallere rağmen,[11] kullanmak yerinde olur. Burada "şiddet"; kurulu hükümetler tarafından polis veya ordu aracılığıyla kullanılan yasal gücü değil, bireyler veya gruplar tarafından kurulu iktidara yöneltilen illegal şiddeti ifade etmektedir. Batı hukuk tarihi açısından bakıldığında, Batı tarihinde dönem dönem kurulu düzeni yıkmaya yönelik illegal güç kullanımına başvurulduğunun farkında olmak özellikle önemlidir. Zira yıkılışın sonucunda iktidar ele geçirilip yeni ve devamlı hukuk ve yönetim sistemleri yaratılmıştır. Batı'daki her ulusun yönetim ve hukuk sistemi böylesi bir devrimin sonucundadır.

Devrim sözcüğü, sadece yeni bir sistemin doğmaya başladığı zamandaki şiddet olaylarını değil o sistemin kök salması gereken bütün bir dönemi işaret etmektedir. Eugen Rosenstock-Huessy'nin vurguladığı gibi gerçek bir devrim için birden fazla nesil gerekmektedir.[12]

Altı büyük devrimin tamamı, sadece yeni yönetim biçimlerini değil, aynı zamanda yeni sosyal ve ekonomik ilişki yapılarını, kilise ve devlet arasında yeni bir ilişkiyi, yeni hukuki yapıları ol-

---

[11] Başkan John F. Kennedy, Strategy to Peace adlı eserinde "ulusumuzu ve dünyamızı sarsan yedi barışçıl "devrim"den söz etmektedir. Bunlar nüfusta, tarımda, teknoloji ve enerjide, hayat standartlarında, silahlanmada, gelişmemiş milletlerde ve milliyetçilikte yaşanan devrimlerdir. 1964'te *Ad Hoc Committee on the Triple Revolution* (Üçlü Devrim Üzerine Geçici Komite), Başkan Johnson'a Sibernetik Devrim, Silahlanma Devrimi ve İnsan Hakları Devrimi üzerine bir rapor sunmuştur. Pek çok diğer büyük devrim A.T. van Leeuwen'in *Development through Revolution* (New York, 1970) adlı eserinin 2. Bölümünde sıralanmıştır. Leeuwen'in söylediği gibi (s. 32) kavramın kullanılışındaki belirsizlik "kendi içinde karakteristik bir fenomendir". Sözcüğün siyasi alandan diğer alanlara taşınması, 1884'te Britanyalı bir tarihçinin, Britanya'nın tarihindeki keşfedilmesine ihtiyaç duyulan paralel olayları 1789 Fransız Devrimi ile analoji kurarak "endüstri devrimi" nitelendirmesiyle başlamıştır. Bkz. Arnold Toynbee, *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century* (London, 1884). II. Dünya Savaşı'nın sonundan itibaren devrim ve devrimci sözcüklerinin; en sıradan tüketim mallarında bile (çorapta devrim, parfümde devrim gibi) hesapsızca kullanılması; yirminci yüzyılın komünist devrimlerine karşı verilen dilsel tepkinin benzeri olabilir.

[12] Bu Rosenstock-Huessy'nin *Out of Revolution* (New York, 1938) adlı kitabının esas temasıdır.

duğu kadar yeni toplum tasavvurlarını, tarihe dair yeni yaklaşımları ve yeni evrensel değer ve inanışlar setini de içeren "topyekûn" devrimlerdir.[13] Papalık Devrimi'nin sloganı olan "Dünyanın yeniden düzenlenmesi" neredeyse diğer her devrimde de karşılık bulmuştur. Kuşkusuz "eski" olanın çoğu varlığını sürdürmüştür; hatta bir zaman sonra "eski" geri getirilmiştir ancak her devrimde bütün -paradigma- yenidir.

Böylece altı büyük devrimin her biri, toptan sosyal dönüşüm bağlamında ele alınan büyük ölçüde gözden geçirilmiş veya tamamen yeni bir hukuk sistemi yaratmıştır. Gerçekten de devrimin amaçlarının yeni hukuk sisteminde gerçekleştirilmesi, devrimin başarısının göstergesidir. Her devrim, yerine yenisi konulan ya da radikal biçimde değiştirilen eski hukuk sisteminin başarısızlığını temsil etmektedir. Bu sistemler yalnızca mevcut oldukları halleri bakımından başarısızlıktır, gerçekte ise, yerlerine yenisi konmuş yahut radikal biçimde değiştirilmişlerdir. 1917 Bolşevik Devriminin ilk kararnamelerinden birisi, devrim öncesi bütün hukuk sistemlerinin yürürlükten kaldırıldığını ilan etmiştir. Bundan sonra yalnızca yeni hükümetin kararnameleri geçerli olacaktır ve bir boşluk olması halinde bu boşluk "devrimci hukuki bilinçle" doldurulacaktır. Fransız Devrimi de ilk önce eski rejimin yasama, yürütme ve yargısından kurtulmuştu. Amerika'da, bağımsızlık kazanıldıktan sonra demokratlar federal mahkemelerde ve eyalet mahkemelerinde İngiliz hukukunun uygulanmasına karşı mücadele etmişlerdi. İngiltere'de 1640-41 yıllarındaki Uzun Parlamento [*Long Parliament*]; *Court of Star Chamber*'ı, *Court of High Commission*'ı ve diğer kraliyet "tedbir mahkemeleri"ni kaldırmış ve bu, II. Charles'ın 1660'daki parlamentosu tarafından, parlamentonun üstünlüğü ve büyük ölçüde

---

[13] Rosentock-Huessy, listeye yedinci bir devrim daha eklemiştir; on üçüncü yüzyılda, Kuzey İtalya kent devletlerinin biçimlendirilmesini kapsayan İtalyan Devrimi. Bkz. *Out of Revolution*, s. 562. Ben özgür kentlerin yükselişini Papalık Devrimi'nin sadece İtalya'da değil Avrupa çapındaki seküler boyutu olarak değerlendiriyorum. Norman Cantor ise sadece dört "dünya devrimi" sayar; Papalık Devrimi, Protestan Reformu, Fransız Devrimi ve Rus Devrimi. Neden İngiliz Devrimi ve Amerikan Devrimini hesaba katmadığını açıklamaz. Görünen o ki, bu ikisi Cantor'un "yüzyıllar içinde gelişen ve teşkilatlanan mevcut sistemi reddeden yeni bir ideolojinin ortaya çıkışı ve yeni bir adil düzen çağrısı" biçimindeki dünya devrimi tanımına uymamaktadır. Norman F. Cantor, *Medieval History: The Life and Death of a Civilization* (New York, 1968), s. 300. Cantor'un Papalık Devrimi'ni hesaba katması bu kitabın iddiasını desteklemektedir.

gözden geçirilerek İngiltere'nin yazısız anayasası haline gelen "*common law*" ile birlikte yeniden yürürlüğe konmuştu. Luther, bütün kilise hukuku kitaplarını yakmıştı. Papa VII. Gregorius da Kilise'nin tabi olduğu; rahip ve psikosların seküler iktidar tarafından görevlerine atanmasına, kilise makamlarının alınıp satılmasına ve ruhban sınıfının evlenmesine izin veren bütün imparatorluk ve krallık yasalarının kaldırıldığını duyurmuştu.

Eski hukuk, bir başka bakımdan, zaman içinde toplumda meydana gelen değişimlere cevap veremediği ortaya çıktığı için de başarısızdır. Eğer Çarlık yönetimi etkili bir anayasal meşrutiyet kurabilseydi ve toprakları yeniden dağıtabilseydi; eğer Bourbon kralları kiliseyi devletten ayırabilseler, feodalizmin kalıntılarından kurtulabilselerdi ve demokratik kurumların inşasına izin verselerdi; eğer Kral III. George, İngiliz tebaasına sunduğu bütün hakları Amerika'daki kolonilerine de bahşetseydi ve onların da demokratik kurumlarını inşa etmesine izin verseydi; eğer ilk Stuart kralları Parlamentonun üstünlüğünü kabul etselerdi; eğer on beşinci yüzyılda Kilise hukuku (Kanon hukuku) hukukçular meclisine ve reform baskılarına cevap verebilseydi; eğer on birinci yüzyılın imparatorları ve kralları zamanında kilise üzerindeki üstünlüklerinden vazgeçselerdi... Özetle kaçınılmaz olan görülseydi ve mevcut hukuki sistemde gerekli temel değişiklikler yapılsaydı muhtemelen devrimler önlenebilirdi. Vaktinde değişmek, değişim yönünde direnemeyeceği bir baskıyla karşılaşan herhangi bir hukuk sisteminin ayakta kalmasının anahtarıdır. Bir devrim, sözcüğün tarihsel bağlamında, hukuk sisteminin bağlarını koparan hızlı, şiddetli ve süreksiz değişikliktir.

Amaçlarından birisi mevcut düzeni muhafaza etmek diğeri ise adaleti tesis etmek olan Batı hukuk geleneği için, geleneğe içkin çelişkileri nedeniyle temel değişimleri öngörememek ve onlara zamanında müdahale edememek bir başarısızlık olabilir. Düzenin kendisi değişim ihtiyacı ile istikrar ihtiyacı arasındaki gerilim nedeniyle inşa edilmiş kabul edilir. Adaletin de diyalektik terimlerle, bireyin hakları ile toplumun refahı arasındaki gerilimi içerdiği düşünülür. Adaletin gerçekleştirilmesi hukukun kendisindeki *Kurtarıcı (Mesihî)* adalet ideali ile birlikte; önce (Papalık Devrimi'nde) Tanrı'nın Krallığı ve Kıyamet günü, sonra (Alman Devriminde) Hıristiyan vicdanı, daha sonra (İngiliz Devriminde) halk ruhu, adalet ve geçmişten gelen gelenekler, yine daha sonra (Amerikan ve Fransız Devrimlerinde) kamuoyu, akıl

ve insan hakları ve son olarak (Rus Devriminde) kolektivizm, planlı ekonomi ve sosyal eşitlik ile birlikte açığa vurulmuştur. Büyük devrimlerde ifadesini bulan, her şeyden öte, tam da bu Kurtarıcı (Mesihî) adalet idealidir. Önceden mevcut olan *düzen olarak hukukun* yıkılması *hukukun adalet olarak* yeniden kurulması ile meşrulaştırılmıştır. Her bir devrime hukukun kendi nihai amacına ve görevine ihanet ettiği inanışı sebep olmuştur.

Thomas Kuhn, bilimdeki Kopernik, Newton ve Einstein'ın devrimleri gibi büyük devrimlerin, anomali olarak adlandırılan ve halihazırdaki temel bilimsel postülalarla açıklanamayan fenomenlerin yol açtığı krizlerin sonucunda ihtiyaç duyulan yeni postülaların ortaya konmasıyla meydana geldiklerini açıklamaktadır. Daha önce anomali olduğu düşünülen fenomenlerin "doğal" olduğunu açıklamak için geliştirilen bu yeni temel postülalar, Kuhn'un belirttiği üzere, yeni bilimsel "paradigma"nın çekirdeğini oluşturur.[14] Batı hukukunda devrim ve evrim arasında kurulan karşılıklı ilişki, Batı biliminde devrim ve evrim arasında kurulan karşılıklı ilişki ile çarpıcı bir paralellik arz eder. Batı hukukunda, bilimde olduğu gibi veri değişikliklerinin; verili olanda, koşullarda değişikliklerin gerçekleşeceği ve bu değişikliklerin mevcut sistem tarafından özümseneceği, aksi halde anomali olarak kabul edileceği ancak değişiklikler sistem tarafından özümsenemeyecek kadar çok ise, bu durumda sistemin kendisinde esaslı bir değişiklik gerekeceği varsayılır. Bilimde eski hakikat, yerini yenisine bırakmak zorunda kalabilir. Hukukta da eski adalet yerini yenisine bırakmak zorunda kalabilir.

Batı tarihindeki büyük siyasi, ekonomik ve toplumsal devrimler hukuk sisteminin yeni koşulları kendisine uyarlayamayacak denli katılaştığında ortaya çıkan patlamaları temsil eder. Kimi yazarlara göre bu tarihi patlamalar, Batı toplumunda bir tür nükseden "kanser", doğal akışını izlemesi gereken bir tür "ateşli" hastalıktır.[15] Bu, hikâyenin sadece bir yönüdür ancak en

---

[14] Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed. (Chicago, 1970) [Türkçesi: *Bilimsel Devrimlerin Yapısı*, çev. Nilüfer Kuyaş, 10. Baskı, Kırmızı Yayınları, 2019].

[15] Bkz. Crane Brinton, The Anatomy of Revolution, rev. ed. (New York, 1965), s. 16: "Devrimleri bir tür humma olarak değerlendirmeliyiz.... Bütün belirtiler ortaya çıktığında ... devrimin ateşi çıkmaya başlamıştır. Bu düzenli olarak değil fakat ilerleme ve geri çekilmelerle, genellikle hezeyanın eşlik ettiği bir krize doğru gider... Korku krallığı/terör devri. Kriz bir nekahet dönemine girdiğinde ateş genel-

önemli yönü değildir. Devrimler, kuşkusuz geçmişin büyük bölümünü tahrip eden ancak aynı zamanda yeni bir gelecek yaratan büyük bir enerjiyi serbest bırakırlar. Nihayetinde, devrimler çöküşten ziyade bir dönüşüm olarak görülebilir. Devrimlerin her biri geçmişle uzlaşmak zorundaydı ancak aynı zamanda her biri, uğruna savaştığı temel amacı somutlaştıran yeni bir hukuk türü yaratmayı başarmıştır.

Büyük devrimlerin hukuki boyutlarını -bir önceki hukuk düzenini reddiyelerini ve yeni bir hukuka ilişkin nihai katkılarını- vurgulamak, onların siyasi, ekonomik, kültürel, dinî ve diğer sosyal boyutlarının önemini küçümsemek anlamına gelmez; aksine artırır. Hukuktaki temel değişiklikler kaçınılmaz olarak sosyal yaşamın diğer yapısal unsurları ile iç içe geçmiştir. Bilhassa on birinci yüzyılın sonları on ikinci yüzyılın başlarındaki Papalık Devrimi, (büyük ekonomik ve sosyal tarihçi Marc Bloch'un sözleriyle) dönemin "toplumsal hareketliliğin her türlü grafiğini etkileyen hayli köklü ve yaygın" değişiklikleriyle yakından ilişkilidir.[16] Dahası bu toptan dönüşümü Papalık Devrimi olarak adlandırmak; onu, papalığın kilise üzerindeki denetimini artırma ve kilisenin seküler hâkimiyetten bağımsızlığı için verilen mücadele gibi meselelerle sınırlamaz. Bilakis, o dönemde meydana gelen birbiri ile ilişkili bütün değişiklikleri kapsar. Kilise'nin yeni papalık kavramı, Joseph R. Strayer'in söylediği gibi "neredeyse devlet kavramının icat edilmesini gerektirmiştir".[17] Hukuktaki devrim, *kilisedeki* devrim ve *kilisenin* devrimi ile yakından ilişkilidir ve dolayısıyla sonraki sekiz yüzyıl ve sonrasında sürdüğü düşünülen tarım ve ticaretteki devrimle, kentlerin ve özerk topraklar olarak krallıkların yükselişiyle, üniversitelerin ve skolastik düşüncenin yükselişiyle ve Batı'nın doğumuna eşlik eden diğer büyük dönüşümlerle de yakından ilişkilidir. Papalık Devrimi nitelemesi; tıpkı İngiltere tarihinde 1640'tan 1660'a dek süren Püri-

---

likle bir ya da iki kez nükseder. Nihayet ateş düştüğünde ve hasta yeniden kendisine geldiğinde belki bazı açılardan deneyimle güçlenmiştir... ancak tümüyle yeni bir insana dönüşemez". Brinton, kendi deyimiyle bu "kavramsal şema"yı İngiliz, Amerikan, Fransız ve Rus devrimlerine uygular.

[16] Marc Bloch, Feudal Society, trans. L.A. Manyon (London, 1961), s. 60 [Türkçesi: *Feodal Toplum*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, Doğu Batı Yayınları, 2019]. Bkz. bu çalışmanın 2. Bölümü, dipnot 1. Sayısız seçkin tarihçi de benzer tespitlerde bulunmuştur.

[17] Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N.J., 1970), s. 22.

ten Devrimi gibi, dar anlamıyla ele alınmamalıdır; bu niteleme, kendisinden daha ötesini işaret etmektedir.

Nasıl ki, Rus Devrimi Lenin'in Bolşeviklere liderlik ettiği ve düşmanlarına karşı savaştığı yıllarla sınırlı değilse; Papalık Devrimi de zirvede olduğu birkaç yılla, tabiri caizse, VII. Gregorius'un papalık yaptığı dönemle sınırlı değildir. Papalık Devriminin, 1075 yılından - Gregorius'un papalığın bütün kiliseler üzerindeki üstünlüğünü ve seküler iktidardan dinî bağımsızlığını ve ona üstünlüğünü duyurduğu- papalık ile imparatorluk arasında bir uzlaşmanın sağlandığı 1122 yılına dek sürdüğü söylenebilir. Ancak devrimin dolaylı etkileri o zaman dahi dinmemiş; o zaman harekete geçen güçler yüzyıllar boyunca etkilerini göstermiştir.

Pek çok tarihçi bu kadar uzun zamanı kapsayan açıklamalardan kaçınır; genellikle o zamana ait verili koşulları ya da o koşullara yol açan şartları yorumlar. Mamafih sorun net bir biçimde ortaya konursa, mevcut koşulların geçmişte, hatta yüzyıllar önce meydana gelen olaylar tarafından belirlendiğini inkâr etmek hayli zor olacaktır. Örneğin, ABD'de yirminci yüzyılın ikinci yarısındaki ırkçılık sorununu açıklamak isteyen birisi, 1776 Bağımsızlık Bildirisini, ırkçılık sorununun 1789 Birleşik Devletler Anayasasındaki çözümünü ve 1861-1864 yılları arasındaki iç savaşı atlayamaz. Kuşkusuz Amerikan Devrimi kölelerin özgürleşmesi ve sivil haklar mücadelesi ile sonuçlanan güçleri harekete geçirmiştir.

ULUSAL DEVRİMLERİN BATILI KARAKTERİ

Almanya'daki Protestan Reformu gibi, İngiliz Devrimi, Amerikan Devrimi, Fransız Devrimi ve Rus Devrimi de ulusal devrimlerdir. Papalık Devrimi ise, diğerlerinin aksine, ulusötesi bir devrim; imparatorluğun, krallıkların ve feodalizmin hâkimiyetine karşı ruhban sınıfının lehine Avrupa'nın her tarafında gerçekleşen bir devrimdir. Açıktır ki, Papalık Devrimi Batılı ya da Avrupalı olarak adlandırılabilir ancak ulusal devrimleri böyle nitelemek yerinde midir? Papalık Devrimi anlayışına dayanan bu soruyla ilişkili olarak iki hususa işaret edilmelidir.

Birincisi, on altıncı yüzyıldan bu yana bütün ulusal devrimler -Amerikan Devrimi hariç- kısmen Roma Katolik Kilisesi'ne (ya da Rusya'da olduğu gibi Ortodoks Kilisesi'ne) de karşıdır ve tamamı kanon hukukunu büyük ölçüde kiliseden ulusal hukuka

taşımış ve böylece sekülerleştirmiştir. Bu nedenle on birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Papalık Devrimi ile yaratılan seküler hukuku da kilise hukukunu da araştırırken, bu sistemlerin çok sayıda özelliğinin Avrupa uluslarının seküler hukukuna ulusal devrimlerin aracılığıyla aktarıldığı unutulmamalıdır. Bu açıdan ulusal devrimler uluslararası bir karakteri haizdir.

İkincisi, Batı'daki bütün büyük ulusal devrimler, aynı zamanda doğaları gereği Batılı devrimlerdir. Her biri çeşitli ülkelerde hazırlanmıştır. Protestan Reformu Almanya'da patlak vermeden evvel Avrupa'daki her ülkede görülen reform hareketleri tarafından olduğu gibi, İngiltere'de Wyclif, Bohemya'da Hus tarafından hazırlanmıştır. İngiltere'deki Püriten Hareketi, sadece Fransız-İsviçreli John Calvin'in erken dönem öğretilerine dayanmamış; aynı zamanda Hollanda'daki ve Kıta Avrupasında bulunan diğer Kalvinist hareketlerle de yakın ilişki içinde olmuştur. On sekizinci yüzyıldaki Aydınlanma tamamıyla Batılı bir fenomendir ve sadece Amerika ve Fransa'daki devrimlerin ideolojik temellerini biçimlendirmemiş aynı zamanda İngiltere ve diğer yerlerdeki radikal değişiklikleri de tahrik etmiştir. Rus Devrimi iki Alman tarafından kurulan ve kökleri 1870 Paris Komününe uzanan uluslararası komünist hareketten doğmuştur.

Benzer biçimde, ulusal devrimlerin tamamıyla Batılı dolaylı etkileri, gerçekleştirilmelerinden sonra da devam etmiştir. Devrimlerin ortaya çıkmasından hemen sonra diğer ülkelerin değişmeyen ilk tepkileri korku ve düşmanlık olmuştur; devrimci virüsün yayılması korkusu ve devrimi yapan ulusa düşmanlık. Nihayet yirmi otuz yıl sonra, devrim kendi ülkesinde oturduğunda diğer ülkeler onun daha yumuşak bir biçimini kabullenmiştir. Böylece Almanya'da Lutheryan devrim oturduktan sonra İngiltere, Fransa ve diğer ülkelerde güçlü bir kamu hizmeti yürüten mutlak monarşiler belirmiştir; İngiltere'de Püriten Devrim oturduktan sonra, 1600'lerin sonları 1700'lerin başlarında, Avrupa kıtasında anayasal monarşiler ve parlamento-benzeri kurumlar ortaya çıkmıştır; Fransız ve Amerikan devrimleri oturduktan sonra, 1832 yılında İngilizler oy verme hakkını orta sınıfı dâhil ederek genişletmiştir ve Rus Devrimi oturduktan sonra, 1930'larda Batı Avrupa'da ve ABD'de "sosyalist" veya "*new deal* (yeni düzen)" hükümetler kurulmuştur.

Daha önemlisi, Avrupa'daki çeşitli ulusların hukuki kurumları, her ne kadar on altıncı yüzyıldan itibaren fark edilebilir öl-

çüde daha fazla ulusal ve daha az Avrupalı hale gelseler de Batılı karakterlerini muhafaza etmişlerdir. Seküler mahkemelerin ve hukukun, kilise mahkemelerine ve hukukuna giderek daha az bir yetki alanı hasretmesine karşın, Roma Kilisesi'nin kendisi dahi giderek ulusallaşmıştır.

Ancak yine de çeşitli ulusal hukuk sistemleri arasında ortak bağlar mevcuttur. Bütün bu sistemlerin hepsi temel sınıflandırma biçimlerini paylaşmıştır. Örneğin hepsi yasama ile yargılama arasında; yargılama söz konusu olduğunda da mevzu hukuk ile içtihat hukuku arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Hepsi de medeni hukuk ile ceza hukukunu birbirinden mutlak biçimde ayırmıştır. Hepsinde suçlar, Abelardus'un on ikinci yüzyılın başlarında ilk kez yaptığı gibi edim, kasıt veya ihmal ile nedensellik, kusur gibi kavramlar üzerinden incelenmiştir. Hepsinde medeni yükümlülükler açık veya örtük olarak sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye göre bölünmüştür. Bütün bu ortak analitik kategorilerin arkasında ortak politikalar ve ortak değerler bulunmaktadır. Bu nedenle, 1930'larda Nasyonal Sosyalist Almanya "halkın ortak duygusuna (*gesundes Volksgefuhl*) göre cezalandırılmayı hak eden" herhangi bir davranışın suç sayılacağını düzenleyen bir yasa çıkardığında, Batı hukuk geleneğinin (suç ve cezada) kanunilik anlayışını ihlal ettiği düşünülmüştür. Yine, Daimî Uluslararası Adalet Divanı, Danzig Özgür Kentinin Alman Anayasasına dayanan benzeri bir yasasını iptal ettiğinde, bunun hukuk devleti (*Rechtsstaat*) ilkesine aykırı olduğu düşünülmüştür.

MİLENYUM ARAYIŞI

Batı tarihindeki büyük devrimlerin önemli bir özelliği, geleceğin apokaliptik tasavvurudur. Bu nedenle her biri politik bir programdan; hatta tutkulu bir dünyayı yeniden düzenleme mücadelesinden daha fazlasıdır. Aynı zamanda her biri bir öbür dünya inanışını (eskatoloji) ve ona sadakati -zamanın sonuna dair Kurtarıcı (Mesih) hayalini, tarihin nihai akıbetine dair bir kanaati- temsil eder. Lutheryan ve Püriten devrimlerde eskatoloji, Roma Katolik Kilisesi'nde olduğu gibi kutsal kitabın terimleri ile ifade edilir. Hıristiyan devrimciler "yeni bir cennet ve yeni bir dünya" tahayyül etmiş; İsa'nın dünyaya yeniden gelişi ile Kıyamet günü arasındaki dünyada hüküm süren bin yıllık barışın tamamlandığı kehanetinde bulunmuşlardır. "Ve ben John kutsal

şehir yeni Kudüs'ü Tanrı'nın cennetinden inerken gördüm... önceki her şey geçip gitmişti. Ve tahtta oturan şöyle söyledi; İşte! Her şeyi yeni yapıyorum". (Vahiy Kitabı 21:1-5). Amerikan, Fransız ve Rus devrimlerinde eskatoloji sekülerdir: Eşitlik ve özgürlüğün yeni ve nihai dönemi, insanlığın baskıyla geçen tarihinin sonu, adil bir toplumun doğuşu.

The Pursuit of Millenium [Milenyum Peşinde] adlı kitabında Norman Cohn, kendi deyimiyle farklı bir tür olan "devrimci binyılcılık" hakkında yazmıştır. Cohn, kitabında Batı Avrupa'da on birinci yüzyıldan on altıncı yüzyıla dek süren sayısız "köksüz yoksulların" binyılcı hareketlerine odaklanmıştır. Bunlara *People's Crusades,*[18] *Flagellant* hareketleri (Mesihçi hareketler),[19] bazı köylü ayaklanmaları, *heresy of free spirit* (heretik özgür ruhlar) ve *Taborit* hareketi[20] de dâhildir. Bu hareketlerin hemen hemen tamamı gevşek örgütlenmiş, kendiliğinden ve anarşizan veya komünist yahut da hem anarşizan hem komünist hareketlerdir. Cohn'a göre "bu durum, amaçları ve öncülleri sınırsız olan bu tür hareketlerin özelliğidir. Bir toplumsal mücadele, (onu yürütenler tarafından) spesifik ve sınırlı amaca yönelmiş bir mücadele olarak değil fakat ... dünyayı dönüşmüş ve yeniden kurulmuş bir dünyayı meydana getirecek bir başkaldırı olarak görülür".[21]

Cohn'un tarif ettiği ile Batı toplumlarındaki büyük devrimlerin apokaliptizmi (*başarılı* büyük devrimlerin) arasındaki fark şudur: Batı'daki devrimlerin amaçları ve öncülleri hem sınırsız hem sınırlıdır; hedefleri hem evrensel ve sınırlanmamıştır hem de spesifik ve sınırlanmıştır. Devrimler bir yandan binyılcıdır, aynı zamanda iyi örgütlenmiş ve siyaseten çok yönlüdür. Cohn'un binyılcı hareketlerin özel bir türüne dair bu canlı ve ferasetli portresi, onu ve başkalarını bu hareketleri hem sağ hem de soldaki devrimci hareketlerle karşılaştırmaya yöneltmiştir.[22] Bununla birlikte en azından bazı modern hareketlerin, özellikle de on dokuzuncu ve yirminci yüzyılların komünist "binyılcılığının" tarihsel kökleri, Cohn'un tarif ettiği düzensiz hareketlerde değil, fakat başarılı devrimlerin filizlerinde bulunmaktadır.

---

[18] Birinci Haçlı seferinden evvel, 1096 yılının Nisan ayından Ekim ayına kadar süren Haçlı Seferidir. Katolik Kilisesi'nin resmî olarak düzenlediği seferlerin bir parçası değildir -ç.n.

[19] Kendilerini kırbaçladıkları için *flagellant* olarak adlandırılmışlardır -ç.n.

[20] Katolikliğin etkilerini sınırlandırmak isteyen bir hareket -ç.n.

[21] Norman Cohn, *The Pursuit of the Millenium,* 2nd ed. (New York, 1972), s. 281.

[22] Ibid., ss. 10-11, 285-286.

Başarılı devrimler, Yahudi tasavvurunda bulunan esasında tarihin temelinde nihai akıbetine, zirvesine doğru ilerlediğine dair Hıristiyan eskatolijisine de dayanmaktadır. Yahudi halklar, zamanın sürekli, geri döndürülemez ve tarihsel olduğuna ve sonunda kurtuluşa doğru ilerlediğine inanırken; Yunanlar dâhil Hint-Avrupa kökenli halklar, tarihin tekrarlayan döngülerle ilerlediğine inanmaktadır. Hint-Avrupa halkları aynı zamanda tarihin kendi içinde dönemleri olduğuna; tarihin ilerlediğine inanmaktadır. Eski Ahit, değişimin değil ilerlemenin, büyümenin, Kurtarıcının (Mesihin) çağına doğru giden bir hareketin -ne var ki, daha çok dinden uzaklaşan, dine yönelmeyen hayli istikrarsız- hikâyesidir. Ancak Hıristiyanlık Yahudi inanışının zaman kavramına çok önemli bir ilke eklemiştir; eskinin yeniye dönüşümü. Talmud, Eski Ahit haline gelmiştir ve Yeni Ahitin tamamlanmasıyla Talmud anlamı dönüştürülmüştür. Yeniden diriliş hikâyesinde ölüm yeni başlangıca dönüşmüştür. Çağlar sadece hızlandırılmamış aynı zamanda yeniden düzenlenmiştir. Bu, tarihe dair yeni bir yapıyı, bir çağın diğerine dönüştüğü köklü bir dönüşümü getirmektedir. Bu dönüşümün sadece bir kere olacağına inanılmaktadır; yaşam, ölüm ve dünyanın yaratılışından sonuna dek ilerleyen çizgisel zamanın tek önemli kesintisi olan İsa'nın yeniden dirilişi.

Hıristiyan yenilenme kavramı, dünyanın sonu inancına dayanmaktadır. Yenilenme, aynı zamanda nihai sonun muhakkak ve "eli kulağında" olduğu inanışına da dayanmaktadır. "Hıristiyan zaman algısı" der Norman O. Brown "son günlerin yaşanmakta olduğu algısıdır. Çocuklar, bu son saattir. Miladi takvim son günlerindedir. Hıristiyan duası dünyanın sonunun bir an evvel gelmesi içindir. Amaç dünyanın sonunu getirmektir, fakat nasıl? Tek bir hata pahalıya mal olabilir".[23]

Rosenstock-Huessy ahir zaman yani dünyanın sonu inanışının Batı tarihindeki büyük devrimleri etkilediğini belirtmiştir. Devrimlerin her biri ölüm ve yeniden doğum deneyimini ulusa ve kiliseye farklı kavram olarak tercüme etmiştir.[24] On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda Aydınlanma ve liberal teoloji tarafından terk edilen Hıristiyan eskatolojisinin yerini seküler bir eskatoloji almıştır. "Hiçbir insan" der Rosenstock-Huessy "bir şe-

---

[23] Norman O. Brown, *Love's Body* (New York, 1968), ss. 219, 220.

[24] *Out of Revolution.*

yin nihai zaferine inanmadan yaşayamaz. Bu nedenle teoloji uyurken, ruhban sınıfından olmayanlar (lâikler) Kıyamet Alametlerinin diğer kaynaklarına gitmiştir"; bir yanda Karl Marx'ın eskatolijisine öte yanda Friedrich Nietzsche'nin eskatolojisine.[25]

On birinci yüzyıldaki büyük reformdan önce hem Doğu'daki hem Batı'daki kilise, zamanın sonunun bu dünyada, maddi dünyada değil fakat manevi dünyada, tarihsel zamanda değil fakat ebediyette olduğuna inanıyordu. Bu inanış, Aziz Augustinus'un Yeryüzü Krallığı ile Tanrı Devleti arasında kurduğu karşıtlığın temel noktalarından birisidir. Yeryüzü Krallığı daimî bir çürümenin içindedir. Zamanın sonuna kadar yaşayacak olanlar artık bu dünyaya ait değillerdir. Aziz Augustinus'a göre, aynı sözcük *saeculum* hem "dünya" hem "zaman" anlamına gelmektedir. Kurtuluş umudu olmayan bir *saeculum* ancak ruhsal âleme terk edilebilir. Augustinus ve Kilise, ilk on yüzyılda, Cohn'un tasvir ettiği türden devrimci binyılcı hareketlere; toplumsal, siyasi ve ekonomik gerçeklikleri, bu dünyada ve bu zamanda ruhun cennetteki krallığına dönüştürmeyi amaçlayan hareketlere karşıydı. İnsanlığın yeniden doğumu olduğu kadar her inançlı Hıristiyanın yeniden doğumu, sadece bu dünyada ölerek yeniden doğumu deneyimleyebilecek olan ölümsüz ruha atfediliyordu - hepsinden öte manastır hayatı vasıtasıyla.

Benzer biçimde, Hıristiyanlık Batı Avrupa'daki Cermen halklarına ilk kez götürüldüğünde öteki dünyaya dair bir inanç, kutsal ve mübarek olarak tanıtılmış; mevcut askerî, siyasi ve ekonomik yapıya dair onları değersizleştirmenin dışında pek bir şey söylenmemiştir.

Yeniden doğum, ilk kez on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında seküler toplum için de geçerli kabul edilmiştir. Reformcular kendilerini yeni bir seküler dönemin başlangıcına ve sonuna yerleştirmiş: Geleceği öngörebilmek için geçmişi tasavvur etmişlerdir. Reformcular kendilerinin tarihi bir dönüm noktasında, Kıyamet gününden evvelki son çağ olan yeni bir çağın başlangıcında olduklarını düşünmüştür. Bu miladi takvimde yeni bir kopuş halidir; Yunanların döngüsel tarih anlayışı, kaderi baştan belli bir sona ilerleyen çizgisel tarih anlayışı ve Hıristiyanlığın ruhani doğum ve yeniden doğuma dair düşüncesi birleştirilmiştir.

---

[25] Rosenstock-Huessy, *The Christian Future* (New York, 1946), s. 70.

1075'teki Papalık Devrimi'nden başlayarak her bir büyük devrim, kendisinden önceki "eski" ile kendisinden sonraki "yeni" arasında keskin bir ayrım yapmıştır. Her bir devrim, aynı zamanda, tarihsel eski ile yeniyi, yaradılışa ya da doğa durumuna ve nihai bir sona ya da nihai bir zafere dair bir çerçeveye yerleştirmiştir. Bu dünyanın, şimdiki zamanın, insan toplumunun seküler kurumlarının yeniden doğabileceğine -insanlığın nihai kaderini belirleyecek olan yeniden böylesi bir yeniden doğumadair inanç olmadan Batı tarihindeki büyük devrimlerin hiçbirisi yapılamazdı.

Daha özelde ise insanın dünyayı yeniden var etme kapasitesine olan inanç ve insanın nihai kaderini belirleyebilmeye duyduğu ihtiyaç, hem mevcut düzene bilinçli bir saldırıya hem de bilinçli bir yeni düzenin kurulmasına temel oluşturmuştur. Kutsal, seküler düzeni değerlendirmenin bir ölçütü olarak kullanılmıştır. Böylece on birinci yüzyılın reformcuları; imparatorları, kralları ve lordları, ilahi ve doğal hukuktan devşirdikleri ilkelere göre yargılamaya başlamışlardır. Papalık, imparatoru Kilise'nin yöneticilik makamına ihanet etmekle itham etmiş ve imparatorun buna hakkı olmadığını söylemiştir. Bu Daniel'in Nebukadnessar'a itirazıdır: "MENE, MENE, TEKEL ve PARSİN"-"TEKEL: terazide tartıldın ve eksik bulundun" (Daniel, 5: 25-27) Papalığın sloganı olan "Kiliseye özgürlük!" Tanrı'nın iradesi olarak meşrulaştırılmıştır. Bu yüzden Batı tarihindeki bütün devrimci dönemlerin ardından önceden var olan iktidar yapısına karşı aşkın ilkelere başvurulmuştur. Marx, Proudhon'dan alarak "Mülkiyet hırsızlıktır" derken Batı'nın binyılcı geleneğinin içinden konuşuyordu: bütün ekonomik ve siyasi sistemler zamanın sonunda, *dünyanın sonunda,* tartılmış ve eksik bulunmuştur.

DEVRİMCİ HUKUK

Zamanın sonuna dair devrimci inanç, son binyıl inanışı, sadece eski hukukun yıkılmasına değil aynı zamanda devrimin yeni bir hukuk sisteminde cisimleşmesine de yardımcı olmuştur. Ancak bu hemen olamazdı. Büyük devrimlerin hiçbirisi ilk günde devrim öncesinin hukukunu kaldırmayı ve yeni ve sürekli bir hukuk sistemi kurmayı başaramamıştır. Mesela 1917'de Bolşevikler mirasın hükümlerinin kaldırılacağını ilan etmiş ancak aynı zamanda küçük varlıkların düzenleneceği işleyen bir hukuk sistemi kurulana kadar on bin altın rubleye kadar olan varlıkların

mirasçılara intikal edeceğine dair bir kararnameyi yürürlüğe sokmuşlardır. Bu durum göstermiştir ki devletin, kişinin ölümünden sonra bir ineği, evdeki mobilyaları, sanat eserlerini hatta parayı miras olarak devralacağı bir sistemi etkin biçimde sürdürmesi imkânsızdır. Bulunan ikinci kaynak yüksek veraset vergileri olmuştur ancak bu da aile istikrarını desteklemeye yönelik çabalarla çelişmiştir; üstelik ölümün tahmin edildiği durumlarda "hediye etme" yoluna gidilerek vergiden kaçınılmıştır.

Her büyük devrim, yeni yasaların, kararnamelerin, yönetmeliklerin ve emirlerin hızla ve başarıyla yürürlüğe konduğu ama aynı hızla değiştirildiği, yürürlükten kaldırıldığı ve yerlerine yenilerinin yapıldığı geçici bir dönem yaşamıştır. Nihayetinde her büyük devrim, devrim öncesinin hukukuyla barışmış ve eski hukukun pek çok unsurunu devrimin uğruna savaştığı ana amaçları, değerleri ve inanışları yansıtacak biçimde yeni sisteme dâhil ederek yeniden yürürlüğe koymuştur. Böylece büyük devrimlerden sonra kurulan yeni hukuk sistemleri hukuk geleneğini, sistemin içinde kalarak dönüştürmüştür.

Lutheryan Reform ve onu hayata geçiren Alman prenslikleri, Roma Katolik Kilisesi'nin kilise hukuku ile seküler hukuk arasında yol açtığı düalizmi, Kiliseyi hukuk alanının dışına iterek ortadan kaldırmıştır. Lutheryanizmin başarılı olduğu yerlerde, kilise görünmez, apolitik, *alegal* olarak değerlendirilmiş ve sadece krallığın ya da prensliğin seküler egemenliği ve hukuku tanınmıştır. Bu gelişmelerden hemen önce, aslında Machiavelli, "devlet" sözcüğünü yeni bir biçimde, tamamen seküler bir toplum düzeni belirtmek için kullanmıştır. Lutheryan refomcular, bir anlamda Makyevelistler; insanlığın ebedi hukuku yansıtabilecek bir beşerî hukuku yaratabileceği hususunda şüpheciydi ve beşerî hukuku geliştirmenin kilisenin görevi olduğunu kesinlikle reddediyorlardı. Hukuku, bir amaç değil araç, egemenin politikasını gösteren ve ona itaat edilmesini sağlayan bir aygıt, devletin ahlaken nötr hukuku olarak ele alan hukuk teorisinin -hukuki pozitivizm- doğmasını, bu Lutheryan şüphecilik mümkün kılmıştır. Ancak hukukun sekülerleşmesi ve hukukun pozitivist teorisinin ortaya çıkması, Lutheryan Reformun Batı hukuk geleneğine katkısının sadece bir yönüdür. Hikâyenin diğer yönü de aynı ölçüde önemlidir: Reform Hareketi, hukuku, teolojik doktrinden ve kilise hukukunun doğrudan etkisinden kurtararak hukukun muhteşem bir gelişme göstermesine olanak sağlamıştır. Bü-

yük Alman hukukçusu ve tarihçisi Rudolf Sohm'un sözleriyle "Luther'in Reformu sadece dünyanın kaderinin değil dünyanın da yenilenmesiydi; hem ruhani hayatın dünyasının hem de hukukun dünyasının".[26]

On altıncı yüzyıl ve devamında Batı'da hukukun yenilenmesinin anahtarı, Tanrı'nın yardımıyla ve onun iradesinin doğrultusunda doğayı ve toplumsal ilişkileri değiştirecek olacak Lutheryan bireysel irade kavramıdır. Lutheryan bireysel irade kavramı, modern mülkiyet ve sözleşme hukukunun gelişiminde merkezî bir öneme sahip olacaktır. Elbette hem kilisede hem de tacir toplumunda birkaç yüzyıl mülkiyete ve sözleşmeye dair ayrıntılı ve karmaşık bir hukuk mevcuttu ama Lutheryanizmle bu hukukun odağı değişmiştir. Eski kurallar yeniden biçimlenmiştir. Doğa meta haline; ekonomik ilişkiler de sözleşme haline gelmiştir. Bilinç, irade ve niyet haline gelmiştir. Son arzu (vasiyet), ki erken Katolik geleneğinde cömert bağışlarla ruhun kurtuluşunu sağlamanın yoluydu, toplumsal ve ekonomik ilişkileri denetlemenin birincil aracı haline gelmiştir. Miras bırakanlar yalın iradeleri ve niyetleri ile malları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabiliyor ve girişimciler sözleşme aracılığıyla iş ilişkilerini düzenleyebiliyordu. Böylece vicdana aykırı olmadıkça sözleşmeden ve mülkiyetten doğan haklara kutsal ve dokunulmaz haklar olarak bağlı kalınıyordu. Bu haklara kutsallığını vicdan veriyordu. Böylece, kilise hukukunun denetiminden çıkarılması bağlamındaki dar anlamıyla, devletin sekülerleşmesine mülkiyet ve sözleşmenin ruhanileştirilmesi, hatta kutsallaştırılması eşlik etmiştir.

Ancak Lutheryanizmin on altıncı yüzyıldaki mutlak monarkların siyasi iktidarına hiçbir sınırlama getirmediğini söylemek doğru değildir. Pozitif hukukun gelişmesinin nihayetinde prensin iradesine dayandığı kabul edilmekle birlikte prensin iradesinin uygulanmasında onun tebaasının vicdanına; dolayısıyla onların mülkiyetten ve sözleşmeden doğan haklarına saygı duyacağı varsayılmıştır. Bu varsayım, şüphesiz tehlikeli bir biçimde, Cermen halklarının başlangıçtaki kültürel seviyeleri göz önüne alındığında, kilisenin dört yüz yıl boyunca hukuku dikkat çekici ölçüde Hıristiyanlaştırmayı başarmasına dayanmaktadır. Böylece hukuku ahlak kurallarından ayıran, kilisenin yasa koyucu rolü-

---

[26] Rudolph Sohm, *Weltliches und geistliches Recht* (Munich and Leipzig, 1914), s. 69 (Aksi belirtilmedikçe bütün çeviriler bana aittir, H.J.Berman).

nü reddeden ve hukukun yaptırımlarını siyasi zor araçlarında bulan Lutheryan pozitivizm, Hıristiyan bir yönetici tarafından yönetilen devleti ve bu devletin yönetimindeki insanlar arasında Hıristiyan vicdanının mevcut olduğunu varsaymıştır.

Protestanlıktan çok kısa bir süre sonra Kalvenizm de Batı hukukunun gelişiminde özellikle İngiltere ve Amerika'da derin etki bırakmıştır. Püritenler, bireysel vicdan ile hukukta, mülkiyetten ve sözleşmeden doğan haklarda bireysel iradenin kutsallığı kavramını daha ileriye taşımışlardır. Püritenler, ayrıca, Lutheryanizmde tali kılınan iki hususu vurgulamıştır: Birincisi, sadece Hıristiyan yöneticilerin değil bütün Hıristiyanlar'ın dünyayı yeniden düzenleme görevinin olduğuna dair inançtır.[27] İkincisi ise yerel cemaatlerdeki seçilmiş temsilciler ve büyüklerin hakikatin makamı olarak -"faal inananlar arasındaki dostluğun"- herhangi bir siyasi otoriteden daha üstün olduğuna dair inanç.[28] Faal Püriten cemaatler inançlarını savunurken dünyayı yeniden düzenlemekte kararlı ve kilisenin ve devletin en üst güçlerine karşı koymaya hazırdı. Bireysel vicdanlarına ve ilahi hukuka, Eski Ahitteki Musevi Hukukuna ve Orta Çağ'ın hukuk geleneğinde cisimleşen doğal hukuk ilkelerine dayanarak öyle de yapmışlardır. John Hampden, John Lilburne, Walter Udall ve William Penn gibi isimler de dâhil olmak üzere yedinci yüzyılın Püritenleri, tıpkı kiliseyi temel alarak Roma hukukuna itaat etmeyen ilk Hıristiyan şehitleri gibi, İngiliz hukukuna itaat etmemişlerdir. Bu itaatsizliklerine dayanak olarak da İngiliz ve Amerikan hukukunda; her iki

---

[27] Bkz. Gerrard Winstanley, *Platform of the Law of Freedom* (aktaran Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution,* s. 291) "Yaratılışın bütün ruhu dünyanın yeniden düzenlenmesiyle ilgiliydi". Ayrıca bkz. 1641'de Avam Kamarasında Thomas Case'in verdiği vaaz: "Reformasyon, evrensel olmalıdır. Her mekânı yeniden düzenleyin, herkesi ve her mesleği, bütün yargıç kürsülerini yeniden düzenleyin, bütün alt rütbeli magistrate'leri... Üniversiteleri yeniden düzenleyin, kentleri yeniden düzenleyin, ülkeleri yeniden düzenleyin, okulları yeniden düzenleyin, Şabatı yeniden düzenleyin, rahiplik atamalarını yeniden düzenleyin, Tanrı'ya ibadeti de yeniden düzenleyin. Cennetteki babamızın ekmediği her bitki kökünden sökülmelidir". Bkz Michael Walzer, *The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics* (Cambridge, Mass., 1965), ss. 10-11. On altıncı yüzyıldaki Reform Hareketi kilisenin yeniden düzenlenmesi olarak tasavvur edilmişti; bir yüz yıl sonra Püritenler Milton'ın sözleriyle "reform hareketinde reformun" peşindeydiler. Bu Walzer'in işaret ettiği (s. 12) gibi radikal bir siyasi faaliyetti; yani dinî bir hedefe yönelik siyasi ilerlemeydi.

[28] Bkz. A.D. Lindsay, *The Modern Democratic State* (New York, 1962), ss. 117-118; David Little, *Religion, Order, and Law: A Study in Pre-Revolutionary England* (New York, 1969), s. 230.

ülkenin de anayasalarında yer alan medeni hak ve özgürlükleri; ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, ayrımcılıktan korunma hakkı, jürinin yargısal emirden bağımsızlığı, sebepsiz hapsedilmeme ve diğer pek çok hak ve özgürlüğü almışlardır.[29] Kalvenist cemaatçilik, toplum sözleşmesi ve yönetenlerin iradesi ile belirlenen hükümet kavramlarının modern içeriğine dinî bir temel de sağlamıştır.[30]

Püritenizm ve Pietizm, Kıta Avrupasında Batı hukukunun gelişimini kurumsal kilisenin içinde olup da etkileyen son büyük hareketlerin İngiltere ve Amerika'daki muadilidir. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda gerek Roma Katolik Kilisesi'nin gerekse çeşitli Lutheryan mezheplerin hukuk üzerindeki baskıları çeşitli biçimlerde devam etmiştir. Hiç şüphesiz Hıristiyanlık hukuk reformunun yapılmasında çok önemli rol oynayan taraflardan birisidir -örneğin köleliğin kaldırılması, işçilerin korunması ve refahın yükseltilmesine ilişkin yasaların yapılması. Öte yandan, yine hiç kuşkusuz, örgütlü din her ne olursa olsun statükoyu desteklemeye devam etmiştir. Ancak bu bağlamda dikkat çekici husus -on dokuzuncu hatta daha çok yirminci yüzyılda- geleneksel din, hukukun gelişiminde kamusal herhangi bir etkisi olmadan kişisel seviyeye çekilip yavaş yavaş özel alana gerilerken, yeni seküler inanç sistemlerinin -yeni seküler dinler (ideolojiler, -izm'ler)- insanların uğruna sadece ölmeyi değil, fakat yeni hayatlarını yaşamayı istedikleri tutkulu inançlar seviyesine yükselmesidir.

---

[29] Bu dört isim de sivil itaatsizlikle suçlanmıştır. Her biri kendisini daha yüksek olan vicdanın yasalarına dayanarak ve Orta Çağ İngiliz hukukundan derlenen asli hukuki ilkeleri temel alarak savunmuştur (örneğin Magna Carta). Penn ve Hampden'ın yargılamaları, *6 State Trials 951*'de (1670) ve *3 State Trials 1*' de (1627) (Five Knights' Case) yer almaktadır. Udall'ın yargılamasının arka plan bilgisiyle birlikte bir özeti için bkz. Daniel Neal, *The History of the Puritans* (Newburyport, Mass., 1816), ss. 492-501. Lilburne'ün yargılamasına dair tartışmalar için ise bkz. Joseph Frank, *The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeeth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton ve William Walwyn* (Cambridge, 1965), ss. 16-18.

[30] Toplum sözleşmesi teorisi genellikle John Locke ve Thomas Hobbes gibi on yedinci yüzyıl filozoflarına değin götürülür. Ancak onlardan bir yüz yıl evvel Calvin, bütün Cenevre halkından inancın şartlarını kabul etmelerini ve On Emir'e uygun davranmalarını ve de kente sadakat yemini etmelerini istemiştir. İnsanlar, polis tarafından gruplar halinde sözleşmeye katılmaya (zorla) davet edilmiştir. Bkz. J.T. McNeill, *The History and Character of Calvinism* (New York, 1957), s. 142. Ayrıca bu çalışmanın toplum sözleşmesini Papalık Devrimi'ne ve yeminli komünler olarak kentlerin inşasına dek götüren 2. ve 12. Bölümlerine bakınız.

Yeni seküler dinler için gerekli sahneyi; başka deyişle seküler siyasi ve toplumsal hareketler için gerekli olan, daha önceleri Katoliklik ve Protestanlıkta çeşitli biçimlerde bulunan dinî fikirlerin olduğa kadar dinî psikolojinin de boca edildiği sahneyi Fransız ve Amerikan Devrimleri hazırlamıştır. İlk başta dinî inancın merkezindeki psikolojiden az da olsa eser bulunan deist felsefe ile bir tür dinî ortodoksi muhafaza edilmiştir. On sekizinci yüzyılın sonlarında ve on dokuzuncu yüzyılda, Rousseau ve Jefferson gibi büyük devrimci zihinlere dair dinî olan kısım, aslında, onların Tanrı'ya inançları değil fakat insanlığa, insana, insan doğasına, insan aklına ve insan haklarına olan inançlarıdır. Aydınlanmadan doğan politik ve toplumsal felsefeler dindi, çünkü insan zihnine -hemen eklenmelidir ki ulusa da- çok büyük bir anlam ve kutsallık atfediyorlardı. Bireysellik ve rasyonalizmin çağı milliyetçiliğin de çağıydı: Birey yurttaştı ve artık kamuoyu bütün insanlığı değil Fransızların, Almanların, Amerikalıların düşüncesini ifade ediyordu.

Bireycilik, rasyonalizm ve milliyetçilik -Demokrasinin Kutsal Üçlüsü- hukuki ifadesini yasamanın rolünü yüceltilmesinde ve buna karşılık (Birleşik Devletler hariç) yargının hukuk yaratan rolünde azaltılmasında; özelikle ekonomik alandaki bireysel eylemlerin üzerindeki kamusal denetimin kalkmasında; medeni hukukun ve ceza hukukunun kodifikasyonu taleplerinde; yine özellikle ekonomik alandaki bireysel eylemlerin hukuki sonuçlarının öngörülebilir olması yönündeki çabalarda bulmuştur. Bu (Roscoe Pound'un ifadesiyle)[31] "hukuki postülalar"ın sadece yararlı değil aynı zamanda adil; sadece adil değil aynı zamanda evrenin doğal bir parçası olduğu düşünülmüştür. Hayatın kendisinin anlamını ve amacını tarihsel kaynakları açıkça doğal hukuka ve insan haklına dair teolojik öğretiler olan bu hukuki postülalardan ve hukuki rasyonalitenin bunlarla ilişkili ilkelerinden aldığı kabul edilmiştir.

Liberal demokrasi Batı tarihindeki ilk büyük seküler din; geleneksel Hıristiyanlıktan kopan ama aynı zamanda geleneksel Hıristiyanlığın hem kutsallık algısını hem de ana değerlerini devralan ilk ideolojiydi. Ancak liberal demokrasi henüz seküler bir din haline gelirken bir rakiple karşılaşmıştır: devrimci sosyalizm. Devrimci eylemler bir yüz yıl boyunca Avrupa'da sürer-

---

[31] Bkz. Roscoe Pound, *Jurispuridence* (St. Paul, Minn., 1959), III, 8-15.

ken, 1917'de Rusya'da komünizm iktidarı ele geçirdi; öğretileri otoriter aydınlanmanın kutsallığını ve başrahiplerin liderliğinin karizmasını iktisap etmişti. Üstelik Komünist Parti bir manastır düzeninin gizliliğini ve sertliğini de taşıyordu. Bu nedenle İkinci Dünya Savaşından sonraki tasfiyeler boyunca Avrupa'daki sadık komünistlerin "Partinin dışında kurtuluş yok!" demesi tesadüf değildir.

Sosyalizmin hukuki postülaları, pek çok bakımdan ayrılsalar da liberal demokrasi ile ortak Hıristiyan atalara sahiptir. Örneğin okul çocuklarının ezbere bilmek zorunda olduğu ve Sovyet hukuk politikasının temeli olan "Komünizmin Kurucu Ahlak Yasası" (*The Soviet Moral Code of Builder of Communism*) şöyle ilkeler içermektedir: "toplum yararına dürüst işgücü -emeksiz yemek olmaz"; "herkesin kamu refahının korunması ve gelişmesi için katılımı"; "kolektivizm ve yoldaşça karşılıklı yardımlaşma - birimiz hepimiz, hepimiz birimiz için"; "dürüstlük ve doğru sözlülük, ahlaki saflık, tevazu ve gösterişsizlik"; "adaletsizlik, asalaklık, sahtekârlık, kariyerizm ve paragözlükle uzlaşmaz tutum alma"; "komünizmin düşmanlarına karşı uzlaşmaz tutum"; "bütün ülkelerin işçileri ve halkları ile kardeşçe dayanışma".[32] Sovyet hukuku, ideolojik sapmayı, tembelliği ve bireysel ahlaksızlığı cezalandırmada çarpıcı biçimde *Massachusetts Bay Colony*'nin Püriten Kanunu, 1641 tarihli *the Body of Liberties*'i andırmaktadır.[33] Buna ek olarak Sovyet sistemi hukukun eğitici rolünü ve hukuki süreçlere ve kolluk kuvvetlerine halkın katılımını; Yoldaş Mahkemeleri, Halk Muhafızları aracılığıyla ve fabrika ve mahallelere topluluğu gözetecek insanları yerleştirerek, çok güçlü biçimde vurgulamıştır. Dahası, bütün bunlar zorun ve hukukun ortadan kalkacağı ve herkesin diğerine -yine "Komünizmin Kurucu Ahlak Yasası"nın diliyle- yoldaş, arkadaş ve kardeş olacağı komünist toplumu öngören bir eskatoloji adına yapılmıştır. Bu, hiçbir surette zora dayanan tedbirler ve resmî hukuk aracılığıyla gerçekleştirilebilecek bir ütopya ile uyumlu değildir.

---

[32] "Komünizmin Kurucusunun Ahlak Yasası" Sovyetler Birliği Komünist Partisi programının bir parçasıdır ve 22. Parti Kongresinde kabul edilmiştir. Şu kaynakta bulunabilir; Dan N. Jacobs, ed., *The New Communist Manifesto and Related Documents*, 3rd rev. ed. (New York, 1965), s. 35.

[33] Bkz. *The Laws and Liberties of Massachusetts* (Cambridge, Mass., 1929).

Batı Hukuk Geleneğinin Krizi

Batı hukuk geleneği yirminci yüzyılda, Batı medeniyetinin bütünü gibi, önceden aşina olduklarından daha büyük bir kriz içindedir. Ne var ki bu, bilimsel olarak kanıtlanabilecek değil, daha çok sezgisel olarak bilinen bir şeydir. Tabiri caizse, hukuki değerlerin ve hukuki düşüncenin bütün hukuk geleneğini etkileyen eşi benzeri görülmemiş bir krizin tam ortasında olduğunu söyleyebilirim. Üstelik bu, sadece geçen birkaç yüzyılın sözüm ona liberal kavramlarını değil on birinci ve on ikinci yüzyıllardan bugüne gelen Batı hukukunun yapısını etkileyen bir krizdir.

Kriz hem Batı deneyiminin kendi içinden hem de dışından kaynaklanmaktadır. Toplumsal, ekonomik ve politik dönüşümlerin eşi benzeri görülmemiş büyüklüğü âdeta geleneksel hukuki kurumlar, değerler ve kavramlarda büyük bir gerilime yol açmıştır. Ancak geçmişte de Batı hukuk geleneğinin temel unsurlarını tehdit eden devrimci alt üst oluşlar yaşanmış nihayetinde gelenek sağ kurtulmuştur. Bugünkü krizde yeni olan geleneğin bazı ilkelerinin ya da yönlerinin değil bütününün etkilenmesidir ve bu kendisini hepsinden öte Batılı olmayan medeniyetlerle ve Batılı olmayan felsefelerle karşı karşıya kalındığında göstermektedir. Geçmişte Batılı insan, kendi hukukunu dünyanın her yerine götürüyordu. Ancak bugün dünya Batı hukukuna kuşkuyla, daha önce hiç olmadığı kadar kuşkuyla yaklaşmaktadır. Doğulular ve Güneyliler diğer seçenekleri önermektedir. Batı'nın bizzat kendisi kendi hukuk geleneği tasavvurunun evrenselliğinden, özellikle de evrenselliğinin Batılı olmayan kültürler için geçerliliğinden şüphe duymaktadır. Eskiden sadece "Batılı" hukuk "doğal" görülürken, bugün pek çoğuna göre bu görüş Batı için bile geçerliliğini yitirmiştir.

Kriz; kimi zaman daha az apokaliptik terimlerle açıklanmakta; geçen dokuz yüzyıl boyunca Batı'da anlaşıldığı biçimde hukukiliğin temel ilkelerine yönelik bir itiraz olarak değil, daha ziyade bu ilkelerin yirminci yüzyılın yeni koşullarına uyarlanması yahut olsa olsa hukukiliğin on sekizinci yüzyıldan, belki on yedinci yüzyıldan hatta on altıncı yüzyıldan bu yana geçerli olan belirli "liberal" ya da "kapitalist" varyasyonlarına yöneltilen bir itiraz olarak görülmektedir. Hatta hukukun Batı'daki bütün ülkelerde "Orta Çağ"dan "modern" politik, ekonomik ve toplumsal düzene geçişe eşlik eden bireysel varsayımlardan uzaklaştığı; bir ya da bir başka tür "kolektivizme" yöneldiği söylenmektedir.

Bu bakış açısından hukukun yirminci yüzyılda içinde olduğu krizin çapı Batı hukuk geleneğinin daha önce yaşadığı krizlerle; mesela 1789 Fransız Devriminden, 1640 İngiliz Devriminden veya 1517 Alman devriminden sonra yaşanan krizlerle karşılaştırılabilir. Tıpkı "feodal" hukukun yerini burjuva veya "kapitalist" hukuka bıraktığı yeni bir dönem başlatan bu devrimler gibi, 1917 Rus Devrimi ile de "sosyalist" hukukun burjuva ya da kapitalist hukukun yerini aldığı yeni bir dönem başlatmıştır.

Yirminci yüzyılda Batı'nın bütün uluslarının ekonomik hayatın pek çok boyutu üzerinde yaygın hükümet denetiminin uygulamasını deneyimlediği doğrudur. Pek çok ülke endüstriyel üretimi millileştirmiş ve devletçi ekonomi planlarını başlatmıştır. Diğer ülkeler devlet kapitalizminin bir formunu benimsemiş; üretim, dağıtım ve geniş ölçekli kurumsal yatırımın sorumluluğunu alarak onları doğrudan ya da dolaylı olarak devlet dairelerinin denetimine tabi kılmıştır. 1921'de Lenin'in Sovyet ekonomisi ile ilgili olarak söyledikleri giderek artan biçimde diğer ekonomiler için de geçerli hale gelmiştir: "bizimle birlikte, ekonomiye mahsus olan her şey, kamu hukukunun meselesidir, özel hukukun değil". Birleşik Devletler'de de 1930'ların başında Büyük Bunalımdan önce neredeyse bulunmayan; örneğin vergilendirme, çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi, güvenlik, toplu konut, sosyal güvenlik, çevrenin korunması ve bir düzine idare hukukuna özgü pek çok alan bugün hâkim hale gelmiştir.

Üstelik daha evvel özel hukukun kapsamında ele alınan pek çok düzenleme yirminci yüzyılda ekonomik hayatın radikal biçimde merkezîleşmesi ve bürokratikleşmesinin ve sosyalizmin çeşitli formlarının (devlet kapitalizmi dâhil) etkisiyle ya da bunların sonucu olarak dönüşmüştür. Örneğin sözleşme hukuku. Batı hukuk sistemlerinde sözleşme hukuku, geleneksel olarak yaygın kamu politikalarının sınırları dâhilinde tarafların rızasıyla ve gönüllü olarak yaptıkları anlaşmalar olarak görülmüştür. Ancak yirminci yüzyılda kendisini ya önemli sözleşme türlerinin ayrıntılı biçimde yasama tarafından düzenlenmesini gerektiren veya "ister kabul et ister etme" temelinde büyük ölçekli işletme organizasyonları tarafından standart formları oluşturulan tümüyle yeni ekonomik koşullara uyarlama çabası karşısında bulmuştur. Benzer biçimde mülkiyet hukukunda, idari veya geniş ölçekli kurumsal çıkarlar gereği özel mülk sahiplerinin malik olma, kullanma ve mülk üzerinde tasarrufta bulunma haklarının büyük

kısmı ellerinden alınmış -ki geçmişte bunların hepsi malikin hakları olarak görülürdü- ve getirilen yükümlülükler medeni hukukun değil idare hukukunun kapsamında açıklanır olmuştur. Batı'nın tümünde iskân dâhil kurumsal, ticari ve endüstriyel mülkiyet giderek artan biçimde idare hukukuna tabidir. Öyle ki, artık mülk sahipleri hükümetin izni olmadan neredeyse bir ağaç dikemez yahut mutfağını genişletemez.

Geleneksel olarak kasti veya ihmali davranışla sebep olunan zararın tazminini sağlayan kurallar bütünü olarak değerlendirilen haksız fiil sorumluluğu da çeşitli ekonomik etkinliklerin, kusursuz sorumluluk adı altında, kusura dayansın dayanmasın yol açtığı zararların sorumluluğunun karşılanmasına dönüşmüştür. Ne var ki, kusursuz sorumluluğun temelleri de sınırları da büyük ölçüde belirsizdir. Genel sözleşme hukukunun, yani sözleşmeye dayalı her türlü işleme uygulanabilen ve on dokuzuncu yüzyılda sözleşmenin hukuku olduğu ileri sürülen temel kavramların ve teorilerin artık zamanının geçtiği iddia edilmektedir. Sözleşmeye uyulmamasından kaynaklanan sorumluluğun ilkeleri büyük ölçüde haksız fiil hukukunda bulunabilir.[34] Ancak sözleşme hukuku ile eşzamanlı olarak on dokuzuncu yüzyılda ileri sürülen genel haksız fiil hukukunun da aynı ölçüde geçersiz olduğu iddia edilmektedir. Hukukun ana gövdesinin kamu hukuku ve özel hukuk olarak ayrılması ve onların da medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku gibi alt dallara bölünmesi on sekizinci yüzyılın hukuk düşüncesinin, Aydınlanma'nın ürünüdür ve Fransız Devrimi ile kurumsallaşmıştır. Bu bölümleme Avrupa'da yayılmış ve oradan Birleşik Devletlere uzanmıştır. Ne var ki, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yirminci yüzyılda sosyalizmin gelişiminin karşısında, ya komünist ülkelerdeki tam kapsamlı sosyalist ekonomik planlama veya komünist olmayan Batı ülkelerinde uygulanan daha az sosyalist formda ama geniş kapsamlı hükümet düzenlenmeleri nedeniyle, ayakta kalamamıştır.

Batı'nın tamamında yaşanan değişimler sadece geleneksel kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında değil; aile hukukunu olduğu kadar sınıf ilişkilerini, ırk ilişkilerini, cinsiyetler arası ilişkileri ve nesillerin birbirleri ile ilişkilerini kapsayan sosyal hukuk denebilecek alanda da meydana gelmiştir. Evlilik ile boşanma giderek yükselen bir biçimde iradi bir mesele haline gelirken, ço-

---

[34] Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus, Ohio, 1974), ss. 87-94.

cuklar üzerindeki ebeveynlik hakları esas itibarıyla azalmıştır. Aile, gün geçtikçe daha fazla kendi haline bırakılırken, ırklar, sınıflar ve cinsiyetler arası toplumsal ilişkiler, sömürüyü önlemek amacıyla daha fazla kanuni sınırlamaya tabi kılınmıştır. Bu değişiklikler her ne kadar yönetimlerin ekonomi üzerindeki dolaylı denetimine konu olsalar da kısmen sosyalist hareketle de ilişkilidir. Bu hareketler her halükârda geleneksel hukuki sınıflandırmalarla kolay kolay uzlaşmayan hukuki gelişmelere yol açmışlardır.

Ceza hukuku da Batı'nın hemen hemen bütün ülkelerinde ekonominin entegre edilmesi ve kolektifleştirilmesi, kentleşme, seri üretim, sanayileşme ve ilgili diğer gelişmelerin sonucunda kapsamlı değişikliklere maruz kalmıştır. Cinayet, tecavüz, hırsızlık, soygun ve kundakçılık gibi "geleneksel" suçları geride bırakan yeni suç tipleri belirmiştir: Gerek devlete gerek kurumsal ortaklıklara ait mülklerde geniş çaplı yolsuzluk, vergi kaçırma, zimmet ve tekelleşme yasaklarının ihlali de dâhil "beyaz yakalı" suçlar, uyuşturucu kaçakçılığı ve bununla ilgili kentsel suçlar ve diğer politik ve ideolojik suçlar... Suçların doğasında ve kapsamında meydana gelen ciddi değişikliklere suç ve ceza teorileri ile kolluk uygulamalarındaki değişiklikler eşlik etmiştir.

Batı ülkelerinin hukuk sistemlerindeki bu ve benzeri değişikliklerin, sadece görece çok hızlı gerçekleştikleri için değil aynı zamanda devrimci nitelikteki politik, ekonomik ve toplumsal alt üst oluşlara birer yanıt oldukları için de devrimci oldukları söylenebilir. Rusya ve diğer bazı ülkelerde bu alt üst oluş klasik devrim tipinde görülmüştür ve politik-ekonomik-toplumsal düzen veya inanış şiddetli bir biçimde diğerinin yerini almıştır. Diğer ülkelerde bu değişiklikler teknoloji ve iletişim; daha büyük organizasyon birliklerinin ve hükümet denetimlerinin genişlemesi aracılığıyla ulusal hayata daha yumuşak biçimde entegre edilmesiyle gerçekleşmiştir. Ancak bu her yerde sadece teknolojik bir devrim olmaktan ziyade aynı zamanda politik ve ideolojik bir devrimdir.

Batı hukuk tarihi, 1789 Fransız Devrimi, 1640 İngiliz Devrimi ve 1517 Alman Devriminin işaret ettiği nitelikte, keskin ve hayati bir dönüm noktasındadır. Sovyet Devriminin gerçekleşmesinden bu yana sadece Rusya'da değil bütün Avrupa'da iki nesil, geleneksel hukukun bireyciliği, özel mülkiyet ve sözleşme özgürlüğüne yaptığı vurgu, girişimcilik faaliyetlerinden doğan zararın

sorumluluğu, suça yönelik ahlaki yaklaşım ve diğer postülaların pek çoğunda yaşanan bir kırılmaya tanıklık etmiştir. Buna karşılık, aynı iki nesil hukukta kolektivizme dönüşe, devlet ve kamusal mallara yönelik bir vurguya, sözleşme özgürlüğünün kamu yararı adına denetlenmesine, girişimcilik faaliyetlerinden kaynaklanan zararın sorumluğunun genişlemesine, suça ahlaki olmaktan ziyade faydacı bir yaklaşıma ve yeni temel postülaların gelişimine tanıklık etmiştir.

Bu radikal değişiklikler Batı'nın geleneksel hukuki kurumlarına, değerlerine, kavramlarına, kurallarına ve düşünme biçimlerine yönelik sert bir meydan okuma teşkil etmektedir. Zira bu değişiklikler, bireylerle tüzel kişilikler arasındaki ilişkilerde devleti görünmeyen taraf haline getirdiği için -ki o devlet uygulanacak hukuku yapan ve ilgili mahkemeyi belirleyen devlettir- hukukun nesnelliğini tehdit etmektedir. Bu görünmeyen baskı, komünist ülkelerde, sadece ekonomik hayatın değil aynı zamanda politik, kültürel ve ideolojik hayatın üzerindeki sıkı merkezî denetim nedeniyle artmaktadır. Komünist olmayan ülkelerde de; her ne kadar bu ülkeler genellikle daha geniş bürokratik organizasyonların elinde olsa da ekonomi dışı hayat alanları üzerindeki merkezî denetim artmaktadır. Bugünkü kriz geçmişte Batı hukuk geleneğini vuran devrimci krizlerle karşılaştırıldığında; geleneğin bütününün kaynakları belki krizi aşmaya yardımcı olacaktır, tıpkı bu kaynakların geçmişteki krizlerin üstesinden geldikleri gibi. Ne var ki, bugünkü kriz derinleşmektedir. Bu sadece on sekizinci yüzyıldan bu yana gelişmekte olan bireyciliğin ya da on yedinci yüzyıldan bu yana gelişmekte olan liberalizmin yahut on altıncı yüzyıldan bu yana gelişmekte olan kapitalizmin krizi değildir. Bu aynı zamanda on birinci yüzyıldan bu yana var olan geleneğin bütününe dair bir krizdir.

Batı hukuk geleneğinin on temel unsurundan sadece dördü - ilk dört unsuru- Batı hukukunun temel niteliği olarak kalmıştır.

1. Hukuk, diğer toplumsal kurumlar ve bilimsel disiplinlerden olduğu kadar politika ve dinden farklılaşması bakımından görece hâlâ özerktir.

2. Hâlâ profesyonel hukuk uzmanlarının, yasa koyucuların, hâkimlerin, avukatların ve hukukçu bilim insanlarının yetiştirilmesine teslim edilmiştir.

3. Hukukçuların yetiştirildiği merkezler hâlâ hukuki kurumların kavramsallaştırıldığı ve belli bir dereceye kadar sistematize edildiği yerleri geliştirmektedir.

4. Böylesi bir hukuk öğrenimi hâlâ hukuki kurumların değerlendirildiği ve açıklandığı bir meta-hukuk yaratmaktadır.

Bu dört özelliğin hayatta kalması, daha önceki devrimlerde de olduğu gibi, Rusya'da devrimin birinci yılından itibaren ve yine 1930'ların başında yoğun saldırılara maruz kalmasına rağmen hukukun özerk niteliğine, profesyonel niteliğine ve öğrenilmiş bir disiplin ve bilim olma niteliğine bağlıdır. Batı'daki diğer ülkelerde de kısmen Marksist-Leninist etki sebebiyle, 1920'lerde ve 1930'larda zaman zaman toplum için gereksiz ve zararlı oldukları, hukukun ve hukukçuların tasfiye edilmeleri, hiç değilse kısıtlanmaları gerektiği ileri sürülmüştür. 1960'larda Çin devrimi bu çağrıyı çok ciddiye almış; bütün hukuk okulları kapatılmış ve neredeyse bütün hukukçular ortadan kaybolmuştur. Ancak 1930'ların sonlarında Sovyetler Birliği'nde ve 1970'lerin sonlarında Çin Halk Cumhuriyeti'nde "hukuki nihilizm" sona ermiştir.

Batı hukuk geleneğine atfedilen diğer altı özellik ise yirminci yüzyılın ikinci yarısında, özellikle Birleşik Devletler'de ciddi biçimde gücünü yitirmiştir.

5. Yirminci yüzyılda hukuk hem teoride hem de uygulamada giderek daha az tutarlı bir bütün, bir gövde, *corpus juris* olarak ele alınmaya, buna karşılık giderek daha fazla karmaşık bir şey, *ad hoc* hükümlerden oluşan parçalı bir yığın, genel bir "teknik" bütün olarak ele alınmaya başlamıştır. Eski meta-hukuk işlemez hale gelmiş ve yerini bir çeşit kinizme bırakmıştır. On dokuzuncu yüzyılın hukuk kategorileri bâtıl olarak görülmeye başlamıştır. Hukukun daha eski yapısal unsurları ise, örneğin İngiltere'de ve Amerika'da Maitland'ın 1906'da söylediği gibi "bizi mezardan yöneten" ve bir kez *commom law*'a dahil olmuş dava türleri, neredeyse tamamen unutulmuştur. On altıncı yüzyılın kamu hukuku-özel hukuk ayrımı, Roscoe Pound'un 1930'larda dile getirdiği "yeni feodalizm" karşısında pes etmiştir. Ancak bu öyle bir feodalizmdir ki, hukukun kaynaklarının hiyerarşisi ve yargı çevrelerinin çokluğu ile çatışan hukuk kurallarının uyumlaştırılabileceği en hayati kavramlardan yoksundur. Hukuki yapıyı düzenleyecek ve ona tutarlılık kazandıracak yeni teorilerin olmaması, bireysel kural ve kararları meşrulaştıran ilkel bir pragmatizme sebep olmaktadır.

6. Hukukun gelişeceğine dair inanç; onun nesiller ve yüzyıllar boyunca devam edeceği düşünülen niteliği de büyük ölçüde

gücünü yitirmiştir. Eğilim, hukukun görünüşteki gelişiminin - geçmiş ister teamül ister kodifikasyon yoluyla temsil edilsin, geçmişin yeniden yorumlanması aracılığıyla hukukun gelişiminin- sadece ideolojik olduğunu düşünmek yönündedir. Hukukun kendisine ait bir tarihinin olmadığı ve bugünü belirlediği kabul edilen tarihin, en iyi ihtimalle kronoloji, en kötü durumda ise sadece yanılsama olduğu ileri sürülmüştür.

7. Bugünkü değişiklikler gibi geçmişte meydana gelen değişiklikler de hukuki gelişmenin iç mantığının cevapları veya hukuk uygulaması ile hukuk bilimi arasındaki gerilimin çözümü olarak değil, daha ziyade harici kuvvetlerin baskılarına verilen cevaplar olarak görülmüştür.

8. Hukukun politikaya aşkın olduğu görüşü; hukukun en azından tarihsel gelişiminde verili bir zamanda devletten ayrı olduğuna dair görüş, giderek hukukun aslında her zaman devletin bir aygıtı olduğu, yani siyasi iktidarı elinde bulunduranların iradelerinin uygulanması olduğu görüşüne teslim olmuştur.

9. Hukukun üstünlüğünün kaynağı, aynı hukuk düzeninde birden fazla mahkeme/yargı çevresi ve hukuk sisteminin biraradalığı, yirminci yüzyılda tehdit altındadır. Zira her ülke farklı yargılama türlerini ve hukuk sistemlerini yutmakta ve bunları tek bir merkezî yasama ve yürütme programı çevresinde düzenleme eğilimindedir. Kiliseler çok uzun süredir seküler otoriteler karşısında hukuki bir denge unsuru olmaktan çıkmıştır. Ticari örf ve âdetler ile ekonomik ve toplumsal düzende yer alan diğer özerk topluluk ya da birlikler, yasal ya da idari tedbirlerle geçersiz kılınmıştır. Uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü teoride genişlerken, pratikte ulusal hukuk ya uluslararası hukuku açıkça kapsamına dâhil etmiş veya uluslararası hukuka başvurmayı yurttaşları açısından etkisiz hale getirmiştir. Federal sistemlerde, Birleşik Devletler'de olduğu gibi, bir mahkeme türünü savuşturup diğerine başvurma imkânı köklü biçimde azalmıştır. Blackstone'un iki yüzyıl önceki dikkate değer sayıda farklı hukuk sisteminin altında yaşadığımıza dair tezi bugünün hukuki düşüncesinde neredeyse hiç yer almamaktadır.

10. Batı hukuk geleneğinin devrimi aştığına, devrimden önce de olduğuna ve Batı uluslarını düzenli aralıklarla içine çeken büyük alt üst oluşlardan sonra da varlığına sürdürdüğüne dair inanış yerini hukukun bütünüyle devrime tabi kaldığına dair inanışa bırakmaktadır. Politik kurumların bir kısmının yıkılması ve

yerine yenilerinin gelmesi bütünüyle yeni bir hukukun oluşmasına yol açmaktadır. Bu kurumların eski biçimleri muhafaza edilse bile yeni bir içerik kazandığı, yeni amaçlara hizmet ettiği ve geçmiş üzerinden tanımlanamayacakları ileri sürülmektedir.

Batı hukuk geleneğinin krizi sadece hukuk felsefesinde yaşanan bir kriz değil, aynı zamanda bizzat hukukun kendi içindeki bir krizdir. Hukuk felsefecileri, daima hukukun akıl ve ahlakilikte mi yoksa sadece siyasi iktidarın iradesinde mi olduğunu tartışmışlardır, muhtemelen tartışmaya da devam edecektir. Tarihi bir olgu meselesi olarak Batı hukuk geleneğinin mirasçısı olan tüm ulusların hukuk sistemlerinin köklerinin belirli inançlar veya varsayımlardan geldiği sonucuna varmak için bu tartışmayı çözmek gerekli değildir: Bu inançların geçerli olduğunu varsayan hukuk sistemlerinin kendileridir. Bugün bu inanış ve postülalar -hukukun yapısal entegrasyonu, devamlılığı, dinî kökleri, aşkın nitelikleri gibi- büyük bir hızla sadece felsefecilerin, yasa koyucuların, hâkimlerin, avukatların, hukuk öğreticilerin ve diğer hukukçuların zihninden silinmekle kalmamakta; yurttaşların büyük çoğunluğunun veya bir bütün olarak halkın bilincinden silinmektedir. Daha da önemlisi bizzat hukukun kendisinden silinmektedir. Hukuk giderek daha parçalı, daha öznel, çıkara daha fazla, ahlaka daha az bağlı, çabuk çözümlerle daha fazla ilgili, buna karşılık tutarlılık ve devamlılıkla daha az ilgili hale gelmektedir. Böylece yirminci yüzyılda Batı hukuk geleneğinin tarihi sahası aşındırılmakta, geleneğin kendisi yıkılma tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Batı hukuk geleneğinin çöküşü bir dereceye kadar Ekim 1917'de Rusya'da yeni bir çığır açan ve yavaş yavaş bütün Avrupa'ya -daha yumuşak biçimde olsa da- yayılan sosyalist devrimlerle başlamıştır. Batı hukuk geleneğinin çöküşü bir dereceye kadar ulusal ekonomiye devletin yoğun müdahalesi (refah devleti) ve sadece bir dereceye kadar devletin devasa merkezî kurumlar aracılığıyla toplumsal ve ekonomik yaşama yoğun müdahalesinden (korporatif devlet) kaynaklanmaktadır. Çöküş daha çok bizzat Batı medeniyetinin, Birinci Dünya Savaşını başlatan kendi bunalımından kaynaklanmaktadır. Bu, ekonomik ve teknolojik bir devrimden hatta politik bir devrimden daha fazlasıdır. Eğer Birinci Dünya Savaşı çıkmamış olsaydı, Batı toplumu hukuki kurumlarını kendisinden beklenen taleplere uydurabilirdi, geçmişteki devrimci koşullarda olduğu gibi. Batı medeniyeti sosyalist

devrimi -veya türevlerini- kendi hukuki geleneğine yerleştirebilirdi. Ancak geleneğin tam da en temelindeki çözülme geleneğin içine yerleştirilemez ve bu temellere yönelen en büyük tehdit ise Batı'nın; bir uygarlık ve bir toplum olarak kendisine ve dokuz yüz yıl boyunca varlığını sürdürmesini sağlayan hukuk geleneğine güvenini kaybetmesidir.

Batı'nın hemen hemen bütün ulusları toplumun bütün sınıflarında hukuku küçümsemeye yol açan hukuka yönelik bir kinizmin tehdidi altındadır. Şehirler giderek güvensiz hale gelmektedir. Refah devleti uygulanamaz düzenlemelerin altında neredeyse çökmüştür. Vergi yasaları zenginler fakirler ve aradakiler tarafından büyük ölçüde ihlal edilmektedir. Vergi kaçırmayan ya da yasal düzenlemelerin herhangi bir biçimini ihlal etmeyen neredeyse hiçbir meslek yoktur; hemen hepsi ya vergi kaçırmakta veya bir başka hukuki düzenlemeyi ihlal etmektedir. Ve hükümetin kendisi baştan ayağa hukuksuzluğa gömülmüş durumdadır. Ancak esas mesele bu değildir. Esas mesele, bu hususta vicdan azabı çekiyor gibi görünen çok az kimsenin suçlarının açığa çıkmasıdır.

Hukukun küçümsenmesi ve hukuka yönelik kinizm, bugünlerde hukuki formalizme yönelik bir başkaldırı ile kışkırtılmaktadır. Hukuki formalizm, hukuki akıl yürütme ve adalet düşüncesinin merkezinde genel kuralların bir örnek uygulanmasının yattığını vurgulamaktadır. Roberto M. Unger'a göre, bir yandan refah devletinin öte yandan korporatif devletin gelişimiyle birlikte formalizm, hem hukuki akıl yürütmede hem de adalet düşüncesinde kamu politikasının vurgulanmasına yol açmaktadır.[35] Unger der ki politika-yönelimli hukuki akıl yürütme, geniş bir adalet ölçütüne ve sosyal sorumluluğa yaptığı vurgu ile karakterize edilir. Unger, Batı hukuk düşüncesindeki bu "post-liberal" dönüşümü, dile dair kabullerdeki bir değişiklikle ilişkilendirir. Ona göre "dile artık, hukuki akıl yürütme ve adalete ilişkin düşüncelerde formalizmi makul kılacak olan kategorilerin sabitliği ve dünyanın açık temsili olarak itibar edilemez".[36] Böyle tarif edilince, hukuki formalizme isyan edilmesi hem kaçınılmaz hem de yararlı görünmektedir. Peki, keyfi bir hukukun baskı aracı ve hatta Nazi Almanya'sında olduğu gibi barbarlığın ve zulmün

---

[35] Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, (New York, 1976), s. 194.

[36] Ibid., s. 196.

mazereti olması nasıl önlenecek? Unger'e göre bu, bir toplumu oluşturan çeşitli gruplar arasında toplum olmaya dair güçlü bir duygunun geliştirilmesiyle önlenebilir. Maalesef bu grup çoğulculuğuna hukuki formalizme yönelen saldırının altında yatanlarla aynı düşünceler tarafından ket vurulmaktadır. Yüz yüze iletişimin mümkün olmayacağı büyüklükteki toplumların çoğu, geleneksel ya da yasalar yoluyla yapılmış ayrıntılı kurallar olmadan birbirleri ile çok az etkileşime geçmekte; çok uzun süre dayanamamaktadır. Bunu söylemek on dokuzuncu yüzyılın sonlarında ve yirminci yüzyılın başlarında Batı'daki pek çok ülkede hukukun mantıksal tutarlılığına ilişkin yoğun bir endişenin olduğunu inkâr etmek demek değildir, hatta bu endişe, hukuka yönelik bu tepki kimi yerlerde hâlâ sürmektedir. Ne var ki kuralların kendisine ve yasa, teamül, politika ve *equity* [nısfet] arasında bir denge kuran Batı hukuk geleneğine yönelen saldırı karşısında hukukun mantıksal tutarlılığına yönelik tepki meşruiyetini yitirmektedir.

Bu dört unsurdan herhangi birine yönelen saldırı diğerlerinin önemini azaltmaya meyyaldir. "Kamu politikası" formalizm karşıtlığı adına iktidarı elinde bulunduranın iradesi anlamına gelmeye başlamıştır. "Sosyal adalet" ve "değer rasyonalitesi" pragmatizmle birlikte tanımlanır olmuştur. "Hakkaniyet" tarihi ve felsefi köklerini kaybetmiş ve moda olan her öğretinin rüzgârı ile savrulur olmuştur. Hukukun dilinin sadece zorunlu olarak karmaşık, çok anlamlı ve retorik (ki öyledir) olduğu değil fakat aynı zamanda tümüyle arızî, güncel ve keyfi (ki öyle değildir) olduğu düşünülmektedir. Bunlar sadece "post-liberal" bir dönemin değil aynı zamanda "Batı-sonrası" bir dönemin de habercisidir.

Hukuka dair kinizm ve hukuk tanımazlığın üstesinden özerkliği, bütünleşmeyi ve hukuki geleneğin devamlılığını reddeden sözüm ona bir realizme bağlı kalınarak gelinemez. Edmund Burke'ün sözleri ile geriye dönüp atalarına bakmayanlar ileriye bakıp torunlarını göremezler.

Bu kesinlikle geçmişi öğrenmenin toplumu kurtaracağı anlamına gelmez. Toplum kaçınılmaz olarak geleceğe doğru ilerler ancak bunu geçmişe yürüyerek, başka deyişle gözleri geçmişe bakarken yapar. Oliver Cromwell "Kimse, nereye gittiğini bilmeyen birisi kadar yükseğe çıkamaz" der. Kuşkusuz Cromwell, kriz zamanlarında geleneğe bakmanın devrimci önemini kavramıştır.

Sosyal Bir Hukuk Teorisine Doğru

Modern insanın geçmiş hakkındaki düşüncesini biçimlendiren iki sözcük Batı hukuk geleneğinin ne anlama geldiğini kavramayı zorlaştırmaktadır.

Bunlardan ilki "Orta Çağ"dır. Orta Çağ sözcüğü on altıncı yüzyılda bir yandan Hıristiyanlığın ortaya çıkışından Protestan Reformuna kadar olan dönemi, öte yandan klasik antikite ile "yeni hümanizm" (ilk kez Michelet tarafından üç yüz yıl sonra adlandırıldığı gibi Rönesans) arasındaki dönemi nitelemek için kullanılmaya başlamıştır. Orta Çağ sözcüğü, Katolik karşı-Reformcuları da memnun etmiştir çünkü sözcük sadece Protestanlığın yeni olduğunu değil aynı zamanda Roma Katolisizminin en azından Konstantin'den itibaren kesintisiz bir sürekliliğinin olduğunu da ima etmektedir. Son olarak sözcük, kendisini Roma İmparatorluğu'nun çöküşü ile egemen ulus-devletlerin ortaya çıkışı arasındaki dönemi ifade etmek için kullanan on dokuzuncu yüzyılın tarih yazımı ile uyumludur

Bütün modern Batı hukuk sistemlerinin âdeta Orta Çağ'ın tam ortasında ortaya çıktığını keşfetmiş olmak ne kadar da şaşırtıcı!

İkinci önemli sözcük ise Orta Çağ'ın sosyoekonomik yapısını tanımlamak için kullanılan "feodalizm"dir. Feodalizmin Orta Çağ'ı, kapitalizmin Modern çağının zıddıdır. Feodalizm gelenekçilik ve Katolikle ilişkiliyken kapitalizm bireycilik ve Protestanlıkla ilişkilidir.

Feodalizm kavramı Orta Çağ kavramına ilişkin hayli üstü örtülü ideolojik varsayımla doludur. İsim olan *fief*'ten (*feod*) türeyen feodal sıfatı, on birinci yüzyıl ve devamında teknik, politik, ekonomik ve hukuki anlamlara sahiptir; ancak soyut isim olan feodalizm on sekizinci yüzyılda icat edilen bütün bir sosyoekonomik sisteme atıfta bulunmaktadır.[37] Fransız Devrimi feodalizmi (*féodalité*) ve feodal toplumu (*la société féodale*) ortadan kaldırdığını iddia etmektedir. 11 Ağustos 1789 tarihli bir kararname şöyle demektedir: "Ulusal Meclis feodal rejimi bütünüyle kaldırmıştır". Marc Bloch'un söylediği gibi "O zamandan bu yana pek çok yıkıma yol açmış bir sistemin varlığı nasıl inkâr edilebilir ki?"[38] Bloch'un ironisi büyük İngiliz Marksist tarihçi Christopher

---

[37] Bloch, *Feudal Society* (Chicago, 1961), I, xvi.

[38] Ibid., s. xvii.

Hill'ın daha sonraki sözlerini haklı çıkarmaktadır. Hill, on altıncı yüzyılda serfliğin ortadan kalkması ile birlikte feodalizmin de sona erdiğini savunan görüşü eleştirirken şuna dikkat çekmektedir: "Eğer feodalizm serfliğin sona ermesi ile birlikte ortadan kalktıysa o halde 1788'de Fransız devleti feodal değildi ve feodal devleti yıkan devrim olarak bir Burjuva Devrimi hiç olmamıştı".[39] Başka deyişle feodalizm 1789'da iki yüz yıl önce ortadan kalkmış olamaz; eğer ortadan kalktıysa Fransız Devrimi boşuna yapılmıştır, daha da önemlisi, Marksist teori yanılmış olacaktır.

Böylece bütün ideolojiler, Marksizm dâhil, modern Batılı kurum ve değerlerin derin köklerinin Protestanlık-öncesi, hümanizm-öncesi, ulusal-öncesi, bireycilik-öncesi ve kapitalizm-öncesi dönemde bulunduğunu inkâr ya da ihmal etmek veya bunun önemini azaltmak için el birliği yapmışlardır. Yine bütün ideolojiler Batı tarihinde on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında meydana gelen kırılmayı görmezden gelmekte birlikte hareket etmişlerdir. Batı tarihini böylesi yanlış dönemselleştirilmesi sadece tarihin Orta Çağ'dan modern çağa ilerlediğini savunan geleneksel tarihçilerin pek çok hata yapmasına neden olmamış aynı zamanda modern toplumdan "yeni" bir topluma (sosyalist, post-liberal, post-modern) doğru bir çizgi çekmeye çalışan sosyal teorisyenlerin de kafasını karıştırmıştır.

Batı toplumunun feodalizm çağından kapitalizm çağına doğru geliştiği inancı, toplumsal düzenin temel yapısının ekonomik olduğu çıkarımını beraberinde taşımaktadır. Bu bağlamda hukuk da ekonomik güce sahip olanların kendi politikalarını uygulamak için başvurdukları "ideolojik üstyapı" araçlarından birisidir. Ancak Batı hukuk geleneği sadece ekonomik ya da siyasi hâkimiyet kurmanın bir aracı olarak görülemez; aynı zamanda Batı toplumunun temel yapısının önemli bir bileşenidir. Hukuk ekonomik ve siyasi gelişmenin hem yansıması hem de belirleyicisidir. Batı Avrupa'da on ikinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla değin anayasa hukuku, şirketler hukuku, sözleşme hukuku, mülkiyet hukuku ve hukukun diğer alanları gelişmemiş olsaydı; bugün sosyal teorisyenlerin kapitalizm olarak tanımladığı on yedinci ve on dokuzuncu yüzyıllar arasındaki ekonomik ve siyasi gelişmeler yaşanmazdı.

---

[39] Christopher Hill, "A Comment", in Rodney Hilton, ed., *The Transition from Feudalism to Capitalism* (London, 1976), s. 121.

Daha önemlisi belki feodalizm sözcüğü, Batı hukuki kurumlarının ve değerlerinin oluşum sürecinde genellikle döneme hâkim siyasi ve ekonomik sistemlere meydan okudukları gerçeğini gölgelemek için kullanılmış olabilir. Zira o dönemde feodal sınıfsal baskılar ile hukuk arasında, kentin ileri gelenleri ile hukuk arasında, kilisenin çıkarları ile hukuk arasında ve krallık ile hukuk arasında süregiden bir mücadele mevcuttu. Kente kaçan serfler, kent hukukuna göre bir yıl bir gün sonra özgürlüklerini ilan edebiliyordu. Yurttaşlar, kent tüzüklerinde ilan edilen anayasal ilkelere dayanarak kent yöneticilerine isyan ediyordu. Baronlar, eski haklarını ve imtiyazlarını krallardan talep ediyordu. Prensler ve papalar birbirlerine karşı savaşmıştır ve her biri diğerinin sosyoekonomik yetkilerini kullanırken ilahi ve doğal hukuku ihlal ettiğini, kanunların ruhuna hatta anlaşmalarına aykırı hareket ettiklerini ileri sürmüştür. Bütün bu ve benzeri mücadelelerde hâkim maddi gerçeklere ve koşullara karşı hukuka başvurulmuştur; açıkça söylemek gerekirse hukuk kendisine annelik eden sosyal yapının aleyhine dönmüştür.

Benzer biçimde Batı tarihinde topluma hâkim siyasi ve ahlaki değerlere karşı hukuka düzenli olarak başvurulmuştur -ki, o değerleri hukukun ortaya çıkardığı ve onları paylaşması gerektiği söylenebilir. Hukuka, muhalifleri ve kâfirleri, her ne kadar kâfirler bizatihi hem siyasi otoriteler hem de kamuoyu tarafından suçlu ilan edilse de, korumak için başvurulmuştur. Hukuk, topluluğu yoğun bir bireyciliğe karşı ya da bireyselliği baskın bir kolektivizme karşı koruyabilir. Hukukun kendi değerlerine olan bu bağlılığını, hukuki kurumları sadece baskın sınıfın ya da siyasi elitin bir aracı olarak gören araçsal teori ile açıklamak çok zordur. Hukuk, en azından Batı tarihinde, sadece toplumu üreten maddi koşullara ya da düşünce ve değerler sistemine indirgenemez. Hukuk aynı zamanda kısmen bağımsız bir etken, toplumsal, ekonomik, politik, entelektüel, ahlaki ve dinî gelişmelerin sebeplerinden birisi olarak görülmeli buna mukabil kesinlikle sonuçlarından sadece birisi olarak görülmemelidir.

Bugün hukukun sosyal teorisinin ilk görevi -Karl Marx'tan yaklaşık bir buçuk yüzyıl Max Weber'den yaklaşık bir yüzyıl sonra- hukukun kavramlarını ve nedenselliklerini fazlaca basitleştirmekten kaçınmaktır. Filozoflar materyalizm ve idealizm hakkında ne murat ederlerse etsinler, tarihsel bir perspektiften bakıldığında Hegel'in bilinci oluşun belirlediği savının yanlış

olması, Marx'ın oluş bilinci belirler derken haklı olduğu anlamına gelmez. Tarihte, gerçek hayatta, hiçbiri diğerini "belirlemez"; ikisi genellikle bir aradadır; bir arada olmadıklarında ise bazen biri bazen diğeri belirleyici önemdedir. Hukukun sosyal teorisi, hukuku tanımlarken ve tahlil ederken, ruh ve maddenin ve düşünce ile deneyimin etkileşimini vurgulamalıdır. Hukukun sosyal teorisi, hukuk felsefesinin üç okulunu -politik okul (pozitivizm), ahlaki okul (doğal hukuk teorisi) ve tarihçi okul (tarihçi hukukbilimi)- *bütünleyici* bir hukuk yaklaşımı için bir araya getirmelidir.

Hukukun sosyal teorisinin ikinci görevi, hukuk tarihi ile uyumlu bir tarih yazımını benimsemektir, esas olarak ekonomik tarihten, felsefe tarihinden ve diğer tarih türlerinden beslenen bir tarih yazımını değil. Hukukun sosyal teorisi, Batı'da hukuk sistemlerinin on birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılın başlarında inşa edilmeye başlandığı ve bu sistemleri temel ilkelerinin on altıncı yüzyıldan yirminci yüzyıla dek yaşanan büyük ulusal devrimlerden sonra da varlığını sürdürdüğü gerçeği ile yüzleşmelidir. Yüzleşilmesi gereken ikinci mesele de ilk modern Batı hukuk sisteminin Roma Katolik Kilisesi'nin Kanonu (Kilise hukuku) olduğu ve bu hukuk sisteminin çağdaş hukuk teorisyenlerinin seküler, rasyonel, materyalist, bireyselci dediği liberal kapitalist toplumun hukuk sistemleri ile pek çok ortak yönünün olduğudur. Kilise hukuku ile seküler hukukun yetki alanlarının düalizmi Batı kültürünün, biricik değilse de ayırıcı özelliğidir. Sosyal bir hukuk teorisi bu durumu mutlaka açıklamalıdır. Bu yöndeki inceleme, aynı zamanda seküler hukuka tabi birden fazla grup kavramını, bunların her birinin kendi hukukunun olmasını ve bu çoğulluk ile kilise hukuku ile seküler hukuk düalizminin ilişkisini de mutlaka ele almalıdır. Bu sadece sosyolojik değil tarih yazımı ile de ilgili bir meseledir. Zira Batı tarihindeki büyük devrimlerin, ulus-devletlerin kilisenin ve nihayetinde seküler düzendeki çeşitli grupların yargı yetkisinin büyük bir bölümünü yutması üzerinden yorumlanmasını da içerir.

Böylesi bir tarih yazımı Batı tarihini öncelikle feodalizmden kapitalizme ve kapitalizmden sosyalizme bir dizi geçiş olarak değil de birden fazla grubun kapsayıcı dinî birliğinden görünmeyen dinî ve kültürel birlikleri kapsayan ulus-devlete ve Batı birliğini kapsayıcı *olmayan* ulusal devletlere uzanan bir dizi geçişe ve dünya çapında yeni birlik formları arayışında olan *genel* bir sosyal teoriye giden yolu açacaktır.

Bu tarihsel perspektiften yola çıkıldığında hukukun sosyal teorisi, Batı hukuk geleneğinin, ulus-devletin altın çağında bile her zaman bağlı olduğu ve bir zamanlar ilahi hukuk, sonra doğal hukuk, günümüzde insan hakları olarak adlandırılan ve en yüksek siyasi otoritenin hukukunun üstünde yer alan bir hukuk kurumunun varlığına olan inançla da ilgilenmelidir. Hukukun sosyal teorisi ayrıca bu inancın her zaman bağlı olduğu ulusu oluşturan toplulukların (şehirler, bölgeler, işçi sendikaları) özerk hukuk sistemlerinin hayatiliğine olduğu kadar ulusal sınırları aşan toplulukların (uluslararası ticaret ve banka organizasyonları, uluslararası acenteler, kiliseler gibi) özerk hukuk sistemlerine de eğilmelidir.

Bütün bunlara ek olarak, sadece devrim dönemlerinde yeni hukukun eskisi ile hızlı yer değiştirmesi bağlamında değil, fakat gelecekte, devrimden sonra istikrarlı ve adil bir toplum düzeninin kurulması için hangi temellerin gerektiğini veya gerekmediğini belirlemek için de hukukun kaderini incelemek çağdaş sosyal hukuk teorisinin görevidir.

Son olarak, hukukun sosyal teorisi, Batı hukuk sistemlerini ve Batı hukuk geleneğini incelemekle başlayıp Batılı olmayan hukuk sistemlerini ve geleneklerini, Batılı ve Batılı olmayan hukukların karşılaşmasını incelemeye ve insanlık için ortak bir hukuk dilinin geliştirilmesine doğru ilerlemelidir. Batı hukuk geleneği içinde bulunduğu krizden ancak bu yolla çıkabilir.

I. KISIM
PAPALIK DEVRİMİ VE KANON HUKUKU

1 | *Batı Hukuk Geleneğinin Zemini: Folklaw (Halk Hukuku)*

Bir tarihçi "başlangıç"lardan bahsetmenin tehlikelerinin hayli farkındadır. Zira geçmişte başlayan bir şeyin hep daha öncesi, bütün bir insan ırkının devamlılığına tanıklık edebilecek nitelikte bir hakikat, vardır. Maitland'in Pollock ile birlikte yazdığı *History of English Law* [İngiliz Hukukunun Tarihi] adlı kitabının açılış paragrafındaki meşhur sözleri ile "Tarih öyle bir birliktir ki, onun bir parçası hakkında bir şeyler söylemeye çalışan herhangi birisi daha ilk cümlelerinin dikişsiz bir ağı yırttığını hissetmelidir. İngiliz hukukunun bize ulaşan en eski ifadeleri, içlerinde eski Yunancadan kelimeler barındırmaktadır; *bishop, priest, deacon gibi* kelimeler. Eğer Roma hukukunun kökenlerini araştıracaksak Babil'i öğrenmeliyiz... Sınırlamaların kuralları ortaya konmalıdır ancak bu keyfi olmalıdır. Ağ parçalanmalıdır".

Bu uyarıya rağmen, dikiş yerlerinin olduğunu, güneşin altında yeni şeylerin bulunduğunu ve başlanacak yerin ille de keyfi olmak zorunda olmadığını ileri sürmeye hazırım. Bilhassa bu kitabın temel tezi bugün hukuk sistemi -yasaların bilinçli olarak sistematize edilmiş, ayrı, bütünleşik gövdesi- olarak bilinen şeyin bir vakitler Batı Avrupa halkları arasında var olmadığı ve hukuk sistemlerinin ilk kez on birinci yüzyılın sonlarında on ikinci yüzyılın başlarında ve sonrasında hem Roma Katolik Kilisesi hem de çeşitli krallıklar, kentler ve Batı'daki diğer seküler yönetimlerin bünyesinde yaratıldığıdır.

Burada hukuk sistemi terimi, genel olarak hukuktan ya da hukuk düzeninden daha dar ve daha spesifik bir anlamda kullanılmaktadır. On birinci yüzyıldan önce de Batı'daki bütün toplumlarda, mevcut otoritelerin uyguladığı bir hukuk düzeni mevcuttur. Gerçekten de Batı Avrupa, tarihin hiçbir döneminde bir hukuk düzeninden yoksun kalmamıştır. Birinci ve ikinci yüzyılın erken yazılı kayıtları olan kanunlar külliyatı ve Tacitus, Cermen meclislerinin mahkemeler gibi hareket ettiğini belirtmektedir. Kilise de çok erken zamanlarından itibaren kanunlar çıkarmış ve

davalarda karar verilebilmesi için usuller belirlemiştir. Yine de on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyılın başlarından önceki dönemde çeşitli hukuk düzenlerince uygulanan hukuki kurallar ve usuller, toplumsal âdetler ile dinî ve siyasi kurumlardan büyük ölçüde ayrışmamıştır. Hiç kimse de hâkim hukuk kurallarını ve hukuki kurumları ayrı bir yapı olarak düzenlemeye kalkışmamıştır. Yasaların çok azı yazılıdır. Profesyonel bir yargı organı, profesyonel hukukçular sınıfı ve profesyonel bir hukuk literatürü mevcut değildir. Yasalar bilinçli bir şekilde sistematize edilmemiş; hukuk parçası olduğu toplumsal ana yapıdan henüz sökülmemiştir. Toplumsal organizasyonun diğer süreçlerinden açıkça ayrışmış hukuki ilke ve usullerin bağımsız, bütünleşik ve gelişen gövdesi yahut özellikle bunları dile getirmek üzere eğitilmiş uzmanlar sınıfı yoktur.

On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarında Maitland'ın deyişiyle "olağanüstü bir anilikle" her şey değişmiştir. Batı'daki her ülkede mahkemeler, yasama organları oluşturulmuş, hukuk uzmanlığı, hukuk literatürü ve "hukuk bilimi" ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelere yol açan başlıca itici güç 1075'te Papa VII. Gregorius'un bütün Batı kiliseleri üzerinde Papalığın egemenliğini ve kilisenin seküler denetimden bağımsızlığını ilan etmesidir. Bu bir devrimdir ve papalık ve imparatorluk bu sebeple elli yıldan fazla süren kanlı bir mücadele yürütmüştür. Nihayet İngiltere'de bir yüzyıl sonra, 1170'te Thomas Becket'in şehit olması ile uzlaşma mühürlenmiştir.

Sonraki yüzyıllarda Avrupa halklarının hukuku (*folklaw*) neredeyse tümüyle ortadan kaybolmuştur. Önce kilise için, sonra seküler siyasi düzenler için gelişmiş hukuk sistemleri inşa edilmiştir; kanon (kilise hukuku), kent hukuku, krallık hukuku, ticari hukuk, feodal hukuk ve malikâne hukuku. Nihayet on altıncı yüzyıldan yirminci yüzyıla dek bir dizi büyük devrimle -Alman Reformu, İngiliz Devrimi, Amerikan Devrimi, Fransız Devrimi, Rus Devrimi- Batı hukuk geleneğini, onun Cermen temellerini çok daha geride bırakarak dönüştürmüştür.

Bununla birlikte Batılı hukuki kavramlar -belki daha önemlisi hukuka Batılı yaklaşımlar- kısmen kaynaklandıkları ve tepki olarak ortaya çıktıkları şey açısından görülmedikçe anlaşılamaz. Özellikle şimdi, Batı'nın kendi hukuk geleneği hakkında daha önce hiç olmadığı kadar şüpheye düştüğü yirminci yüzyılın son yarısında, bu geleneğin aslında ne ile yer değiştirdiğini/neyin ye-

rini aldığını hatırlamak önemlidir. Kuşkusuz eğer Batı'nın "hukukçuluğu"nu aşmak yahut tamamlamak için yeni yollar aranacaksa, bu yollar, daha evvel reddedilmiş olsa da hâlâ tarihsel hafızamızın derinlerinde bulunan Cermenik alternatiflerinin ışığında düşünülmelidir.

Kaldı ki, yeni dönemin hukukçuları eski geleneklerin "irrasyonel" özellikleri olduğunu ileri sürse ve onları sert bir biçimde tashih etse de, Cermen hukuku tümüyle reddedilmemiştir ve reddedilen kısımları da birden bire ortadan kaybolmamıştır. Yeni hukuki yaklaşımlar yoktan var olmamıştır. Aksine geçmişe yönelik (sıklıkla daha eski bir geçmiş adına) bilinçli bir tepkidir ancak aynı zamanda daha evvel var olan kurumların ve düşüncelerin yeniden yaratılmasıdır.

Üstelik Cermen hukuku kendisini ilga eden yeni hukuk geleneği için gerekli olan zemini sağlamıştır. Belki de bu paradoksal gerçeği desteleyen en belirgin kanıtlar kilise içindeki gelişmelerde bulunabilir. On birinci yüzyılın sonlarında on ikinci yüzyılın başlarında Batı'da, kilise ilk kez imparator, kral ve feodal lordlardan bağımsız hukuki bir kimlik kazanmayı başarmıştır. Kilise ile seküler otoriteler arasında ve kilise hukuku ile kilisenin diğer denetim biçimleri arasında bir bölünme mevcuttur. Papalık mahkemesinin en üstte olduğu Kilise mahkemeleri hiyerarşisi oluşturulmuştur. Bütün bunlar; kilise bünyesinde hukuk uzmanlığının, hukuk araştırmalarının, bilimsel hukuk incelemelerinin belirmesi ve yasama organı ile içtihat hukukunun ortaya çıkması hayli yenidir. Ancak yine de bütün bunlar eğer daha önceden var olan bir topluluk, *populus christianus* (Hıristiyan halkları), beşinci ve on birinci yüzyıllar arasında biçimlenmeseydi mümkün olmazdı. Beşinci yüzyıldan on birinci yüzyıla dek Avrupa, ortak dinî inanca sahip ve imparatora ve krala ortak bir askerî sadakatle bağlı yerel ve feodal birimler ile kabilelerden müteşekkildi. İmparator ya da kral, imparatorluğundaki ya da krallığındaki halkların kutsal temsilcisi olarak tasavvur ediliyor ve İsa'nın vekili olarak adlandırılıyordu. (Papa o zamanlar kendisini İsa'nın vekili olarak değil fakat Aziz Peter'in vekili olarak adlandırıyordu.) Önceden var olan sadık ve inançlı topluluk, sadece daha sonra kilisenin papalık altında ayrı bir hukuki kimlik olarak ortaya çıkmasının ön şartı değil; aynı zamanda kendisi olmaksızın hukuken tanınabilecek toplumsal bir gerçeklik olmayacağı için de o hukuki kimliğin zorunlu temeliydi.

Benzer biçimde, esasında kabilesel, yerel ya da feodal (yahut ön-feodal) olan ve işkence, *oath-helping* [yemin-yardımcılığı][1] ve diğer usuller ile kan davasına ve kısasa kısas usulüne -ki, on birinci yüzyılın sonları on ikinci yüzyılın başlarında hepsi saldırıya maruz kalmıştır- dayanan Cermen halk hukuku (*folklaw*), seküler hukukun kendisinin yerini alması için zorunlu temeli oluşturmuştur. Bu zorunlu temel, bir kez daha, topluluğun daha eski olan halk hukuku sayesinde varlığını sürdüren komüniteryan karakteriydi. Yeni hukuk eskisinin aksine öğrenilmiş, gelişmiş ve sistematize edilmiştir. Ancak yeni hukuk birbirine bağlılığı, yoldaşlığı, karşılıklı sorumluluğu ve diğer toplulukçu değerleri vurgulayan sıkı örgütlenmiş Cermen topluluklarının yapısal zemini olmaksızın ortaya çıkamaz ve varlığını sürdüremezdi.

Kabile Hukuku

Batı ve Kuzey Avrupa halklarının bilinen ve önde gelen en eski hukuk düzenleri esas olarak kabilesel niteliktedir. Frank İmparatorluğu'nda birleşip kaynaşarak daha sonra Almanya, Fransa ve Kuzey İtalya'yı oluşturan Franklar, Almanlar, Frizyalılar, Vizigotlar, Ostrogotlar, Bordolular, Lombardlar, Doğu Saksonlar, Vandallar, Suevler [Süebiler]; İngiltere'yi meydana getiren Anglolar, Batı Saksonlar, Jütler, Keltler, Britonlar ve başka bazı halklar; Danlar, Norveçliler, İskandinavya'nın Kuzeyli halkları; Normandiyalılar, Sicilya ve başka yerlerdekiler; Piktler ve İskoçlardan Macarlar ve Slavlara değin her kabilenin ya da "boy"un (*stamm*) kendi hukuku vardır. Altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla kadar olan süreçte bu halkların hukuk düzenleri birbirlerinden büyük ölçüde bağımsızdır ancak dikkat çekecek ölçüde de benzerdir. Bir yandan kabiledeki ana hukuki birimi, hane halkı, yoldaşlığa dayanan topluluk ve akrabalığa yahut karşılıklı koruma ve hizmet yeminine dayalı güven ilişkisi oluşturuyordu. Hane halkının huzurunun bir yabancı tarafından bozulması kan davasıyla intikam almaya ya da kan davasını önlemek veya tarafları yatıştırmak için hane halkları arasında yahut klanlar arasında yapılan müzakerelere yol açıyordu. Öte yandan hane halklarından oluş-

---

[1] Orta Çağ'da mahkemelerde, ispat aracı yemindi. Zanlı, suç işlemediğini ve masum olduğunu iddia ettiğinde yemin ederdi. Aynı zamanda zanlıdan, ettiği yemini destekleyecek; zanlının yemininin doğru olduğuna dair yemin edecek belli sayıda tanık getirmesi istenirdi. Bu tanıklara *oath-helper* (yemin-yardımcısı) denirdi -ç.n.

turulan köyler; köylerin daha büyük gruplar halinde bir araya gelmesiyle oluşan ve genellikle *hundreds* (yüzlük) veya kontluklar ve *hundreds* veya kontlukların gevşekçe örgütlendiği dükalık yahut krallıklardan oluşan teritoryal hukuki birlikler de vardı. Yerel topluluklarda yönetimin ve hukukun ana aracı hane halkının yaşlılarından müteşekkil (yaşlılar "meclis"i, "şey"i) kamusal toplantılardı. Akrabalık ve teritoryal toplulukların yanı sıra genellikle hane halkının korunmak için kendilerini bir büyük adama emanet ettikleri pek çok lordluk (feodal bağ) mevcuttu.[2]

Kabileler ile yerel ve feodal toplulukların başında krallık ya da kilise otoriteleri bulunuyordu. Zamanın ilerlemesiyle birlikte bu otoriteler tarafından temsil edilen daha büyük teritoryal ya da dinî birlikler giderek daha da önemli hale gelmiştir. On ikinci yüzyıla dek kralların bir halkın kralı olarak adlandırılmasına devam edilmiştir -*Rex Francorum* (Frankların Kralı), *Rex Anglorum* (Angloların Kralı)- ancak Fransa (*Francia*), İngiltere (*Anglia*) gibi benzer terimler siyaseten belirsiz toprak parçalarını tanımlamak için de kullanılmıştır. Kilise de teşkilatlanmamış olmakla birlikte bütün seküler sınırları aşan ve kendi sınırları içinde en nihayetinde imparatora ve krala tabi, daha geniş ruhani bir topluluk olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte ne kilise otoriteleri ne de krallıklar on birinci yüzyılın ikinci yarısına dek Avrupa'daki hukuk düzenlerinin özünde kabilesel, yerel ya da feodal olan niteliğini esaslı olarak değiştirmeye teşebbüs etmişlerdir. Bu o dönemde Avrupa ekonomisinin neredeyse tamamen yerel; esas olarak tarıma ve büyükbaş hayvancılığa dayalı olduğu, avcılığın tâli olduğu; nüfusun az olduğu ve nüfusu birkaç bini aşan şehirlerin görülmediği; ticaretin çok az rol oynadığı ve iletişimin iptidai olduğu göz önünde bulundurulursa daha az tuhaf görünecektir. Ekonomik ya da jeopolitik açıdan bakıldığında tuhaf olan merkezî krallıkların ve kilisenin *hukuk*unun zayıflığı değil fakat merkezî krallıkların ve kilisenin *otorite*sinin gücüdür.

Halk hukukuna dair bugün bildiklerimizin pek çoğunun kaynağı, daha sonra kanun (*code*) olarak adlandırılacak olan kabilesel ya da yerel hukukun yazılı derlemelerini kilise heyetlerinin harekete geçirmesiyle yayınlayan merkezî krallıklardır.

---

[2] Bkz. H.R. Loyn, *Anglo-Saxon England and the Norman Conquest* (New York, 1962), s. 292. Bu bölümde "feodal" sözcüğü geniş, teknik olmayan bir anlamda kullanılmıştır; on birinci ve on ikinci yüzyıllarda gelişen feodal hukuk tartışması daha sonraki bölümlerde yapılacaktır.

Beşinci yüzyılda Batı Roma İmparatorluğu'nun tamamen dağılmasıyla, Roma hukukunun o muhteşem yapısından bünyelerinde az da olsa barındıran Cermen krallıkları azalmış; kimi yerlerdeyse ortadan kaybolmuştur. Kuzey İtalya halklarının arasında ve İspanya ile güney Fransa gibi başka bazı yerlerde ise Roma hukuku terminolojisinin ve kurallarının bir kısmı ile hatırası hayatta kalmıştır. Ancak hayatta kalan, modern bilim insanlarının erken klasik ve post-klasik dönemin daha gelişmiş Roma hukukundan ayırmak için "Vulger Roma Hukuku" dediği basitleştirilmiş, bayağılaşmış ve yozlaşmış Roma hukukudur. Vulger Roma hukuku, "katı kurallara uymaya gönülsüz ve klasik hukuk sisteminin sanatsal detaylarına ya da mantıksal yapısının ilkelerine göre hareket etmeye ne kâdir ne de meyyal bir hukuk" olarak tanımlanmıştır.[3] "Roma hukuku ile ilgili" en gelişmiş derlemeler bile, mesela yedinci yüzyılda Vizigot krallıklarının derlemeleri, sadece konularına göre gruplanmış muhtelif kanun hükümlerinden oluşuyordu fakat hem kavramsal birlikten hem de organik gelişme kapasitesinden yoksundu.[4] Belki de Roma hukukunun bu dağınık kalıntılarının en başta gelen tarihsel önemi, hukukun toplumsal ve siyasi ilişkilerin düzenlenmesinde bir rol oynaması gerektiği düşüncesinin korunmasını sağlamasıdır.[5] Kilise de Roma hukukundan kalanları ve İncille ilgili kuralların bir kısmını korumuş ve Hıristiyanlığa geçen Cermen kabile liderleri de sık sık büyük ölçüde kendi halkının geleneklerini içeren bir dizi yasayı yürürlüğe sokmuştur.

Tarihçilerin *leges Romanae*'den (Roma yasaları) ayırmak için

---

[3] Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951), ss. 6-7. Ayrıca bkz. Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1948), s. 273.

[4] Wolfgang Kunkel daha da ileri giderek *Leges Visigothorum*'u "yasama faaliyeti bakımından eksik ve yetersiz" olarak tanımlar. Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, (Oxford, 1973), s. 162. Kunkel'in belirttiği üzere, "İtalya'da dahi hukukun bilimsel seviyesi kabul edilebilir düzeyin altına düşmüştür. Modern bilimciler, İtalya'da süregiden ve ayakta kalmış bir Roma hukuku geleneği olduğunu boşu boşuna kanıtlamaya uğraşmışlardır". Ibid., s. 181. Ayrıca bkz. P.D. King, *Law and Society in the Visigothic Kigdom* (Cambridge, 1972).

[5] Vulger Roma Hukukunun terimleri, kavramları ve kuralları, Karolenj dönemi boyunca krallığın otoritesini güçlendirmekte rol oynamıştır. Ancak bugüne ulaşan Karolenj dönemi hukuk kitapları ne klasik Roma hukukunu ne de üç yüz yıl önce meydana gelen devrimci olayların sonuçlarıyla karşılaştırabilecek bir hukuk kültürünü yansıtmaktadır. Bkz. Rosamund McKitterick, "Some Carolingian Lawbooks and Their Functions", *Authority and Power: Studies in Medieval Law and Government*, ed. Brian Tierney and Peter Linehan (Cambridge, 1880) içinde, ss. 13-28.

leges barbarian ("barbarların yasaları") olarak adlandırdıkları yasalardan bugüne ulaşan en eskileri Salyan Hanedanlığının yasalarıdır. *Lex Salica* (Salyan yasaları) Merovenj Kralı Clovis tarafından Hıristiyanlığa geçişinin hemen ardından, 496 yılında yürürlüğe sokulmuştur.[6] Bu yasalar, davacı tarafından yerel mahkemeye çağrıldığı halde gelmeyen davalının davacıya ödemesi gereken mâli yaptırımların listesiyle başlamaktadır. Bu yasalarda ayrıca cinayet, saldırı ve hırsızlık dâhil çeşitli suçların faillerinin karşı tarafa ödemesi gereken mâli yaptırımlar da sıralanmıştır. Bunlar ilkel hukukun tipik hükümleridir; esas amaçlarından birisi bir ihtilafın taraflarının, kan davasına başvurmak yerine yerel heyetin (*hundred*/yüzler mahkemesinde) önünde bir karara varmalarını ya da kurbanın ve saldırganın hane halkları arasındaki uzlaşmaya bir zemin tesis etmektir. Ancak bazen böyle bir etkisi olamamıştır bile. Zarar gören taraf Anglo-Sakson hukukunun sözleri ile "ya mızrağı satın alacak ya da ona katlanacak"tır. Şahsi savaşların yaygınlığı, suç işlemekle itham edilen kişinin ya da tanıkların mahkemeye getirilmesinin veya bir hükmün yerine getirilmesinin çok güç olmasıyla ilişkilidir.

Anglo-Sakson yasa derlemelerinin en eskisi, Ethelbert tarafından tahminen 600 yılında yürürlüğe sokulan Ethelbert Yasaları'dır. Ethelbert Kent şehrinin yöneticisidir ve bir Hıristiyan'la evlenmiş ve geleneğe göre, 597 yılında Papa Gregorius'un özel temsilcisi Keşiş Augustine'in huzurunda Hıristiyan olmuştur. Ethelbert'in yasaları çeşitli zararlar için hazırlanmış olağanüstü ayrıntılı tazminat çizelgesi nedeniyle dikkate değerdir: Bir bacağın kaybı için belli bir miktar, bir göz için bir miktar, kurban köleyse bir miktar, özgür bir adamsa başka belli bir miktar, bir ra-

---

[6] Salyan Hukukunun İngilizce tercümesi için bkz. Ernest F. Henderson, ed., Select Historical Documents of Middle Ages (London, 1912), ss. 176-189. Salyan Hukukundan nispeten daha önce parçalar halinde bugüne ulaşan Lex Visigothorum, 466-484 yılları arasında hüküm süren Kral Euric tarafından derlenmiştir. "Barbarların hukuk derlemeleri"nden diğer bazıları şunlardır; 600'lü yıllarda yayınlanan Kent Şehri Kral Ethelbert'in Yasaları, 643 tarihli Lombardiya Kralı Rotharius'un yayınladığı Rothari Fermanları, *Lex Ribuaria* (Ripuarian Frankların hukuku; Ren kıyısı sakini Franklar), *Lex Alemanorum* (Almanların hukuku) ve *Lex Baiuvariorum* (Bavyera Hukuku). Bunların hepsi sekizinci yüzyılın ortalarında yayınlanmıştır. Sekizinci yüzyılın sonunda Charlemagne'ın elçileri, Firizyelilerin, Türingiyalıların ve Saksonların yasalarını kayıt altına almışlardır. Bu yasalar ve diğerleri (İskoçların, Gallerin, İrlandalıların, Norveçlilerin, İzlandalıların ve Rusların yasaları) bkz. A.S. Diamond, *Primitive Law Past and Present* (London, 1971).

hipse belli bir miktar gibi. Öndeki dört dişin kaybının değeri her diş için altı şilin; yandaki dört dişin kaybı halinde her biri dört şilin; diğer dişler bir şilindir. Başparmaklar, başparmak tırnakları, işaret parmağı, orta parmak, yüzük parmağı, serçe parmak ve her birinin tırnakları ayrımlı ve her birine ayrı ayrı birine *bot adı verilen* bir bedel biçilmiştir. Benzer ayrımlar işitme kaybına yol açılması, kulakların kesilmesi, delinmesi, yırtılması; kemiklerin yerinden fırlaması, hasar görmesi, kırılması; kafatasının kırılması, omuzların sakatlanması, çenenin kırılması, köprücük kemiğinin, kolların, kalçanın ve kaburgaların kırılması; giysilerin dışından görülen ve giysilerin altında kalan yaralar ile morarmayan yaralar arasında da yapılmıştır.[7]

Saldırganın eyleminin ölümle sonuçlanması halinde, ölenin akrabalarına ödenecek bedele *wer* (ya da *wergeld)* denirdi. Pek çok yazılı Cermen yasası (Frank ve Anglo-Sakson yasaları da) farklı sınıflardan insanlar için farklı miktarlarda *wergeld* öngörmüştür.

Ethelbert Yasaları'ndan bir şekilde daha gelişmiş olan yasalar Lombardlar'ın kabile şefi ya da kralının Lombard Fermanı'dır. Ferman, Lombardlar'ın bugünkü Macaristan ve Yugoslavya'dan bugünkü Kuzey İtalya'ya göç etmelerinden yetmiş beş yıl sonra 643 yılında yazıya geçirilmiştir. Fermandaki 363 maddeden neredeyse 140'ı ceza tedbirleri ile ilgilidir. Bir hizmetkârın öldürülmesinin cezası sadece 50, bir kölenin öldürülmesinin cezası ise sadece 20 *solidi* (şilin) iken; özgür bir adamın ya da kadının özgür bir insan tarafından öldürülmesinin cezası 1200 şilindir (solidi). (Özgür bir insanın özgür olmayan birisi tarafından öldürülmesinin cezası ölümdür.) Birisini kafasından vurma, birinin saçını kesme, kafatasındaki çeşitli kemikleri kırma, gözlerin oyulması, burnun kesilmesi, kırılması, kulağa yumruk atma, kolların kırılması (tek kırık-parçalı kırık ayrımı vardır), kolların, parmakların, ayak parmaklarının kesilmesi için çeşitli bedeller düzenlenmiştir. Özgür bir insanın serçe parmağının değeri 16, yarı-özgür bir insanınki 4 ve bir köleninki sadece 2 *solidi*dir.[8]

Sabit mâli yaptırımlar (para cezaları) failin akrabaları tarafın-

---

[7] Ethelbert'in Yasaları, sec. 32-42, 50-55, 58-60, 65-66. Ethelbert'in Yasalarının İngilizce tercümesi için bkz. F.L. Attenborough, *The Laws of the Earliest English Kings* (New York, 1963), ss. 4-17.

[8] Bkz. Istvan Bona, *The Dawn of the Dark Ages: The Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin* (Budapest, 1976), ss. 80-81.

dan kurbanın akrabalarına ödenebilmesi, on ikinci yüzyıl öncesi Avrupa halklarının hepsinin; esasında gelişimleri aynı seviyede olan bütün Hint-Avrupa halklarının, Hindistan, İsrail, Yunanistan ve Roma halkları da dâhil olmak üzere, hukuklarının belirgin özelliğidir. Bu aslında günümüzdeki pek çok ilkel toplumun hukukunun da önemli bir parçasıdır.[9]

Bu pek çok bakımdan hayli akla uygun bir sistemdir. Faile ve akrabalarına yönelik ağır mâli tehdit, muhtemelen idam cezası ve bedensel sakatlamadan daha caydırıcıdır (ki Avrupa'da bedensel sakatlama cezaları para cezasından sonra gelmektedir). En azından modern cezalandırma yöntemi olan hapis cezası kadar etkilidir ve hiç şüphesiz toplum açısından maliyeti daha azdır. Üstelik cezalandırıcı adalet açısından sadece faile acı çektirilmemekte aynı zamanda -bugünün "medenileştirilmiş" ceza biliminin aksine- kurban da sağalmaktadır.

Yine de sistem tek başına faydacı temellerle açıklanamaz; en azından Avrupa'daki Cermen halkları bakımından. Sistem bütün bir ideolojinin, bütün bir dünya görüşünün bir parçasıdır ve bu dünya görüşü sistemin yalnızca akla uygun özelliklerini değil, aynı zamanda o kadar akla uygun olmayanlarını da açıklamayı kolaylaştırmaktadır. Örneğin, farklı sınıflara mensup insanların katledilmesi halinde ödenecek miktarların bariz farklılığı, pek çok durumda çok yüksek ödeme miktarlarının belirlenmesi, failin suçundan bağımsız olarak akrabaların da suçtan sorumlu olması ve failin eyleminin neye mal olduğundan bağımsız olarak belirlenen sabit ödeme miktarları gibi.

İşlevsel açıdan, failin akrabalarının kurbanın akrabalarına ödeme yapabildiği mâli yaptırım kurumu, öncelikli olarak hizmet ettiği şey; caydırma, cezalandırma ya da tazmin etme değil fakat aileler arası kan davasını önlemeye hizmet etmesi daha da önemlisi düşman aileler arasında müzakere ve uzlaşmayı kolaylaştırması bakımından değerlendirilebilir. İdeolojik olarak ise Cermen toplumlarında hem kan davası kurumu hem de kan davasının yerine maddi tazminat ödenmesi kurumu, savaş tanrıları ile hasmâne ve keyfi bir kaderin (*wyrd*) hâkim olduğu bir dünyada, zafer elde etmenin ("övgü", *lof*); şeref kazanmanın bir aracı olarak açıklanabilir. Zira bir Cermen (erkeği) için onur, "ödeşmek"

---

[9] Bkz. Diamond, *Primitive Law*, ss. 228, 273. İlkel hukukun Hint-Avrupa toplumlarının sözüm ona Arkaik Hukuku ile ilişkisi bu bölümün sonunda tartışılmıştır.

anlamına gelirdi ve bir Cermen sadece ödeşmek suretiyle yaşamını kuşatan karanlığa karşı zafer kazanabilirdi.[10] Ödemelerin sabitlenmiş çizelgesi hesaplaşmalara bir standart getirmiştir.

Lof, başkalarının korudukları alınınca kazanılır; korunanlar başkalarına kaptırılınca kaybedilirdi. Buna mukabil *bot* ise kökenleri bakımından özünde cezalandırıcıydı ve ikincil bir telafiydi. *Bot,* bir hane halkı ya da akraba grubu tarafından diğerine dayatılan bir ödetme biçimiydi. *Lof*'un pürüzü, özellikle cinayet davaları gibi büyük davalarda ortaya çıkmaktadır zira ölenler kaybettikleri onurlarını geri alamazlar; bu görev tamamıyla, ilk istekleri intikam almak olan akrabalara aittir. Başlangıçta saldırganın ya da hane halkından birinin hayatı yahut bir organı talep edilirdi (İncil'in tabiriyle "göze göz dişe diş"). Eğer saldırı bir araçla, hayvan veya tahta gibi, yapılmışsa saldırıda kullanılan aracın ceza olarak verilmesi gerekirdi (bir çeşit zarar ziyan nedeniyle feragat). Sabitlenmiş ödeme miktarları, yapılan anlaşmaya, hane halkının akrabaların onurlarının kefareti olacak biçimde ve şiddet dışında bir yolla bir itibar kazandırırdı. Böylece çözümün temel *raison d'être*'si değişmemiş olurdu.

Bot ve *wer,* hane halkındaki insanların ve onlarla ilişkili grupların korunmasını sağlayan *mund* ve hane halkının huzuruna uzanan *frith* ile ilişkilidir. Bir kralın *mund*'u ve *frith*'i diğerlerininki ile aynı idi, ama daha üstündü. Ethelbert Yasaları kral için *mundbyrd* öngörmüştür, yani bir kralın *mund*'unun ihlal edilmesinin cezası elli şilindir; halktan biri için öngörülen *mundbyrd* ise altı şilindir.[11] *Mund* ihlal edildiğinde *bot* ya da *wer* ödenmek zorundadır; örneğin bir yabancı hane halkının hizmetkârlarından birisi ile cinsel ilişki yaşadığında ya da birisini haneye ait mülk üzerinde öldürdüğünde. *Bot, wer, mund* ve *frith* diğer üç Cermen hukuki kurumu ile yakından ilişkilidir; kefalet (*borh*), teminat (*wed*) ve rehine verme.[12] *Wer*'i ödeyeceğini söyleyen kişi ödemeyi bir seferde yapamayacak durumdaysa akrabalarından birisi ona

---

[10] Bu analizde kısmen James R. Gordley'nin "Anglo-Saxon Law", (ms, 1970, Harvard Law School Library) çalışmasından yararlanılmıştır. Analizin hükümleri ise Anglo-Sakson hukukundan alınmış ancak bunlar, dönemin diğer Cermen hukuk düzenlerinin hükümleri ile neredeyse aynıdır ve Hint-Avrupa toplumlarının en erken hukuk düzenleri ile çarpıcı biçimde benzerlik göstermektedir.

[11] *Laws of Ethelbert,* secs. 8, 15.

[12] Bkz. Raoul Berger, "From Hostage to Contract", *Illinois Law Review,* 35 (1940), 154, 281.

kefil olabilir ya da borçlu, borcunun karşılığında bir teminat gösterebilir yahut borç ödenene dek orada yaşaması ve çalışması için hasım haneye bir rehine gönderebilir. Bütün bu hukuki kurumlar hem hane halkının dayanışmasının hem de hane halkları ya da klanlar arası ihtilafların çözümünde intikam almak yerine ödeme yapılmasının yansımasıdır.

Cermen halkları, en erken dönemlerinde kan davası ya da klanlar arası veya hane halkları arası uzlaşmalara ek olarak ihtilafların çözülmesi ve bir karar verilmesi için kamu meclisleri (bir çeşit mahkeme) oluşturmuşlardır. Ancak bu meclislerdeki yargılama çoğunlukla tarafların rızasına bağlıdır. Taraflar meclise gitmeye rıza gösterseler bile sonuna kadar kalmayabilirdi ve yargılamanın sonuna dek hazır bulunsalar bile meclis, tarafları kendi kararlarına uymaya zorlayamazdı. Bu nedenle meclisler, taraflar arasında, sistemin işlemesini sağlayacak derecede bir güvenin olduğunu varsaymak ve o güveni inşa etmek zorunda kalmıştır; tıpkı klanlar arası ya da hane halkları arası müzakere usulünde taraflar arasında kefalet, teminat ve/veya rehine verilmesiyle desteklenen güvenin belli bir derecede inşa edilmesinde olduğu gibi. Yine de şu açıktır ki, hem meclis önündeki yargılamalar hem de klanlar veya hane halkları arasındaki müzakereler yoğun ölçüde düşmanca bir havada geçmeye meyyaldir. "İki taraf birbirleri ile amansız bir düşmanlıkla ve taviz vermemeye, affetmemeye ve hiçbir şeyi unutmamaya kararlı biçimde yüz yüze gelir".[13]

Cermen halk hukukundaki intikam (kan davası) ve uzlaşma (kan davasının ikamesi) arasındaki çelişkili ilişki, akrabalığa dayanan pek çok toplumdaki güvensizlik ve güven arasındaki yoğun diyalektiğin örneklerinden birisidir. Calude Lévi-Strauss şöyle demektedir: "Gözlemciler, yerliler için nötr bir ilişki, ya da daha doğru bir ifadeyle, bir ilişki olmamasını tasavvur etmenin imkansızlığı karşısında sıklıkla hayrete düşmüştür. Bizler, belirli bir akrabalığın yokluğunun zihinlerimizde böylesi bir duruma yol açtığını düşünürüz, daha doğrusu yanılsaması içindeyiz. İlkel zihnin düşüncesinin bu olduğu varsayımı, sınamalara karşı dayanıklı değildir. Her aile ilişkisi belirli haklar ve görevleri tanımlarken, aile ilişkilerinin yokluğu ... düşmanlığı tanımlar". Lévi-Strauss, Marcel Mauss'tan alıntılayarak devam eder: "Uzun-

---

[13] Gordley, "Anglo-Saxon Law", s. 23.

ca bir süre boyunca ve çok sayıda toplumda insanlar birbirlerini merakla karşıladılar, bizim dışımızda kimseye aptalca görünmeyen abartılı bir korku ve aynı ölçüde abartılı bir diğerkâmlıkla... Ya tam anlamıyla güven vardı ya da tam bir güvensizlik. Biri silahlarını bırakır, diğerine teslim olur, sihirden vazgeçer ve her şeyini onun kızına ya da mülküne bağışlardı.[14]

Cermen toplumundaki bu "güven-güvensizlik" sendromu, o dönemde ağır basan kaderin keyfiliğine dair inanışla ilişkilidir. Bu inanış, her şeyden önce delil elde etmek için esas yöntem olarak işkenceye başvurulmasının yansımasıdır. İşkencenin iki ana yöntemi ateş ve sudur; ateşe yüksek rütbeli insanlar için, suya ise halktan olanlar için başvurulur. Başlangıçta bunlar ateş ve su tanrılarına edilen dualardı. Ateşle sınananlar gözleri bağlı ya da çıplak ayaklı olarak kor haline gelmiş saban demirinin üzerinden geçerdi yahut ellerinde kızgın demir taşırlardı ve yaraları düzgün biçimde iyileşirse aklanırlardı. Su ile yapılan işkencede ise ya sıcak su ya da soğuk su kullanılırdı. Soğuk su işkencesinde sanık soğuk suya atılır ve suya batmazsa, suyun onu kabul etmediği gerekçesi ile suçlu olduğuna karar verilirdi. Sıcak su işkencesinde ise sanığın çıplak kolları ve bacakları kaynayan suya daldırılır ve sudan çıkarıldığında zarar görmemişse masum olduğuna karar verilirdi. Daha sonra, genellikle ruhban sınıfı tarafından uygulanan daha zekice bir işkence ise lokma işkencesi idi. Sanıktan bir parça ekmeği ya da peyniri yemin ederek yutması istenirdi. Bu esnada "Tanrım, bu adam yalan yere yemin ediyorsa, onun midesini kapa ki, bu ekmeği (peyniri) yutamasın" denirdi. Sanık lokmayı yutamaz ya da kusarsa suçlu olduğuna hükmedilirdi. Böyle ilkel yalan dedektörleri hayli iyi çalışmış olmalı! Her durumda on üçüncü yüzyılda işkencenin kaldırılmasına karşı dikkate değer bir direnç vardı.

İşkence karakteristik bir örnektir. Peter Brown'ın sözleri ile "mukaddes olanla cismani olanın karışması", "insan deneyiminde nesnel ile öznel olan arasındaki sınırın bulandırılması"dır. İşkence, Tanrı'nın hükmünü belirlemek için kutsal ve dramatik bir törene dayanıyordu; yine de "insaflı bir şekilde yavaştı" ve "manevra yapmaya ve durumun değişmesine izin veriyordu". Sonuçlar genellikle toplumsal uzlaşmayla oluşan yoruma açıktı. Yazı dili olmayan, yüz yüze ilişkilerin olduğu küçük gruplar

---

[14] Claude Lévi-Strauss, *The Elementary Structures of Kinship* (Boston, 1969), s. 482.

hem doğaüstü inançları hem de topluluğun pratik ihtiyaçları ile bir şekilde tutarlı olan şiddetin, hilenin ya da cadı avının sorunlarıyla baş edebiliyordu.[15]

İşkenceyle yargılama sistemi, tanık yemini ile kişinin aklanmasını sağlayan bir çeşit törensel yeminli ifade (*compurgation*) ile birleşebiliyor yahut tanık beyanı işkenceyle yargılamanın yerini alabiliyordu. İlk olarak ön-yemin edilirdi (*fore-oath*). Örneğin sığırlarının çalındığını iddia ederek *bot* talep eden taraf şöyle yemin ederdi: "Tanrı'nın huzurunda ve kutsal emanetlerin önünde, yalansız, dolansız ve herhangi bir hileye başvurmadan sığırlarımın benden çalındığını (sığırları göstererek) ve onları çalanın o olduğunu (davalıyı göstererek) iddia ediyorum ve halk hukukuna dayanarak onu dava ediyorum".

Karşı taraf da iddiayı inkâr etmek için şu yemini ederdi: "Tanrı'nın huzurunda diyorum ki, ben ne aracı oldum ne teşvik ettim, ne suç ortağıyım ne fail, şikâyetçinin sığırlarını bir yere götüren ben değilim" veya "Sığırlar benim, benim mülkümün parçası, halk hukukuna göre bunlar benimdir ve ben yetiştirdim".[16]

Yargılama bu yeminlerle başlardı. Bundan sonra yargılamayı yapan meclis, taraflardan hangisinin ispat yemini etmesine izin vereceğine karar verirdi. Belirlenen bir günde iki taraf da hazır olurdu ve ispat yemini etmesine izin verilen taraf bir iddiaları için yemin ederdi. Yemin edecek tarafın yeminin tamamlayabilmesi için iddiasını destekleyebilmek için belli sayıda tanık ya da *oath-helper* (yemin yardımcısı) getirmesi gerekirdi. Gerekli *oath-helper* sayısı onların ve üzerine suç atılanın *wer*'ine bağlıydı. Şöyle yemin ederlerdi: "Tanrı'nın huzurunda yemin ederim ki (davalının/davacının) ettiği yemin temiz ve yalansızdır".[17]

Bütün ön-yeminler, inkâr yeminleri, son yeminler ve destekleyici yeminler başarılı olacaksa "sürçme ve hata olmadan" kusursuzca tekrarlanmalıdır. Her biri bol aliterasyonludur ve şiirsel bir formdadır. Örneğin bir arazi mülkiyetinin tescili dava konusu olduğunda şöyle yemin edilirdi: "Ben bu toprağın sahibiyim tıpkı onun gibi ve toprağı satılabilir gören herkes gibi-arazinin benim sahibi-ve asla terk etmeyeceğim mülkümü-verimsiz de olsa

---

[15] Peter Brown, "Society and the Supernatural: A Medieval Change", *Daedalus*, Spring 1975, s. 135.

[16] Aktaran George W. Rightmire, *The Law of England at the Norman Conquest* (Columbus, Ohio, 1932), s. 37.

[17] Ibid., s. 36.

verimli de-çayır çimen de olsa buğday başak da-bir evlek de olsa bir fit de-arazi de olsa otlak da-bitek de olsa bataklık da-zemini sert de olsa yumuşak da-bozkır da olsa mera da-toprak da olsa kum da-kurak da olsa sulak da".[18]

Delil sunmanın şekli şartları ve dramatik niteliği hukukun neredeyse tümüyle sözlü olmasıyla ilişkilidir. "Hukuk yazılı olmadıkça" der Maitland "tiyatral ve gösterime dayalı olmak zorundadır. Adaletin giysileri resmedilmeye değmelidir; aksi halde görülmeyecektir". Maitland'in dikkat çektiği husus, açıkça daha soyut ve kavramsal unsurları barındıran daha "olgun" hukuk sistemlerinden farklı olarak Cermen hukukunda bulunan "duygusal cevher"den bahseden on dokuzuncu yüzyılın büyük Alman tarihçi ve dil bilimcisi Jacob Grimm'in söylediklerini tekrarlamaktadır.[19] Hukuk kurallarının şiirsel imgelerle ifade edilmesi, onların hafızalara kazınmasını sağlamaktadır. Yaygın ifadelerden bazıları şunlardır; "kendiliğinden geldi satın alınmadı, gözlerim gördü, kulaklarım duydu", "âdilik ve sahtekarlık", "ev bark", "haklı ve adil", "o sebeple bu sebeple". Yasalar çeşitli atasözü ve deyimleri içermektedir. En eski İrlanda yasaları şiir formundadır.

Cermen hukukunun tiyatral ve şiirsel nitelikleri, onun içeriğinin esnekliği ile ilişkilidir. "İnsanlar, belli davalarda zamana ve mekâna ilişkin koşulları bir açık kapı bırakmak için naif ve kesin olmayan bir yolla ifadeye etmeye özellikle yatkındılar. Bir şeyin sıklıkla bir horoz yürüdüğü ya da uçtuğu sürece, bir kedi zıpladığı sürece, taş ya da çekiç atımı sürede ya da birisi orakla basabileceği sürece kural olacağı belirtilmiştir. Bir yasa rüzgâr estikçe ya da dünya durdukça dayanacaktır... ya da bir atla ya da eşekle belli sürede çember çizilen, sabanla dönülen veya postla örtülen arazi edinilecektir".[20] Bu "naif ve kesin olmayan" ifadeler, henüz araç-amaç düalizmine bilimsel bir bakış kazanamamış halkların ihtiyaçlarına uygundur. Cermen dönemi Avrupa halkları için hayat daha az bölümlere ayrılmıştır, daha ziyade toptan ilişki

---

[18] Aktaran Sir Francis Palgrave, *The Rise and Progress of the English Commonwealth* (London, 1832), s. cxxxv.

[19] Jacob Grimm, *Deutche Rechtsaltert* (1828; 3rd ed., 1881), Introduction. Ayrıca bkz. Grimm, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft,* 2 (1816), 25-99.

[20] Rudolph Huebner, *A History of Germanic Private Law,* trans. F.S. Philbrick (Boston, 1918), ss. 10-11.

meselesidir. Bu nedenle de özellikle hukukun dâhil olduğu resmî meselelerde, şiirsel ve sembolik ifadeler, bütünsel ve farkında olmayan var oluşla yakından ilişkilidir ve yavan ve abartısız bir dilden daha uygundur.

Cermen hukukunun sembolik ve törensel niteliklerinin bazı örnekleri şunlardır: Arazi devrinde ince bir dal ve biraz çimen veya bir şapka ve eldiven verilir ya da sunak bezine veya çan ipine dokunulur. Bir kadının evinin anahtarını ölen kocasının tabutunun üzerine bırakması, kadının ölen kocasının borçlarının sorumluluğunu üstlenmek istemediği anlamına gelir (bir çeşit redd-i miras). Yasal işlemlerde çalışanlar kullanılır (örneğin rehin sözleşmesinde bir çalışan gönderilir) ya da tokalaşma anlaşmanın teyidi anlamına gelir. Bir makam ya da arazi devralınırken törensel biçimde koltukta devri yapılır.[21]

Cermen hukukunun tiyatral ve şiirsel özellikleri -taklitçi unsurları- hukuk dilini gündelik dilin üzerine çıkarmış ve böylece hukuk ile gündelik hayat arasına bir mesafe koymuştur. Elbette her toplumda hukukun, ritüel ve törenlerle ve o ritüel ve törenlerle yansıtılan inançla; belli sözcüklerin gücünün o sözcükleri "hukuki" yaptığına duyulan inançla gündelik hayattan ayrılması zorunludur. Zira eğer hukuk işleyecekse böylesi bir sihir gerekmektedir. Her dönemin, özgün nihai hakikat kavramını yansıtan kendi sihri vardır. Cermenlerde bu kavram hayatın merkezindeki, özünde "keyfi kader"dir ve Cermen hukukunun sihri bu kavramı yansıtmaktadır.

Cermen yargılamaları, kan davasının sembolik devamı gibidir. Taraflar birbirlerine saldırmak yerine yeminlerini haykırırlardı. İşkencenin sonucu, tıpkı çatışmanın sonucu gibi kaderin *wyrd* kararına bağlıydı. James Gordley'nin belirttiği gibi "Hane halklarının birbirlerinden *lof* kazanmak uğruna kararlı bir biçimde durmadan çatışmaları, doğanın bütün güçlerinin katıldığı kozmolojik bir ilkeydi".[22] En nihayetinde kaderin keyfi iktidarı belirleyiciydi. Bir Anglo-Sakson şiirinde söylendiği gibi,

> İyi karşıdır kötüye; gençlik yaşlılığa
> Hayat ölüme; ışık karanlığa;
> Ordu orduya; düşman düşmana karşıdır;

---

[21] Ibid., ss. 10-11.

[22] Gordley, "Anglo-Saxon Law", s. 31.

Düşmanlar savaşacaktır düşmanlarla
Her zaman.
Arazi uğruna ya da intikamını almak için haksızlığın,
İşte bu yüzden kafa yormalıdır bilge bir adam
Dünyanın derdine.[23]

Bu nedenle hem kaderin hükmünü hem de yargılama sonucunda ortaya çıkan kararı ifade etmek için aynı sözcük *dom* (doom, hüküm) kullanılıyordu. Beowulf'un dediği gibi,

Eğer cesursa yeterince, Kader korur sıklıkla talihsiz bir adamı.[24]

Cermen hukukunun kahramanca yönü buradadır; düşman düşmana karşı ölümüne bir onur savaşı yürütmektedir ve ne kadar acı olursa olsun iki taraf da kaderin kararını kabul etmeye hazırdır.

Ancak bir başka yönü daha vardır, güvene ve yoldaşlığa dayalı topluluk bizzat ailede temsilini bulmaktadır. Üstelik bu topluluk ruhu bütün kabileye ya da halka buradan taşınmaktadır. Meclis bir aile gibi hareket etmektedir; kendi barışı ve kendi *frith'i* (modern Almancada *Friede*) vardır. Meclis sadece yargılama yapmak üzere toplanmaz; aynı zamanda danışma, tavsiyede bulunma ve sorunların dostane çözümünü sunma görevini üstlenir. Adaletin tesisi ile iştigal eder, (*riht,* modern İngilizcede *right;* Almancada *Recht*). Bilge adamlar *witan* ("akil adamlar",

---

[23] "Maxims", s. 48, Cotton MSS, The British Library, London.

[24] Beowulf, *lines* [satır] 2140-41. Ayrıca bkz. *The Icelandic Saga: The Story of Burnt Njal,* trans. Sir G.W. Dasent, new ed. with intro. by G. Turville-Petre (Edinburg, 1957). Bu eserde, kabile meclisinin (*ting*) önündeki dramatik yargılamalardaki kahramanlık ve öç alma ruhu örnek teşkil etmektedir. Şiddet, öç alma ve çaresiz kahramanlık hikâyeleri ile dolu olan en erken dönem Cermen şiirinde de *Icelandic Edda* benzeri bir manzara ile karşılaşılır. Franz Borkenau, daha sonraki suçluluğun genellikle reddedildiği ve katilin kahraman olabildiği *Nibelungenlied* destanı olan *Siegfried'ın* aksine Eddic (Edda) Şiirinde güçlü bir suçluluk duygusunun ve kişisel sorumluluğun baskın olduğuna dikkat çekmektedir. Borkenau, Eddiclerin anlattığı ensest ve aile içi cinayetler ve bunları izleyen cezalarıyla ve yedinci ve sekizinci yüzyıllardan itibaren manastırların kefaret defterlerinde yer alan suçlarda (kendi görüşüne göre) ensestin ağır basması ("dudak uçuklatan detaylarla") ve cinayetler (özellikle aile içindeki cinayetler) arasında paralellik kurmaktadır. Bkz. Franz Borkenau, "Primal Crime and Social Paranoia in the Dark Ages", *End and Begininng,* ed. Richard Lowenthal (New York, 1981), ss. 382-391. Kefaret bu bölümde daha sonra tartışılacaktır.

"şahitler") hane halkını bir arada tutmak için görüşlerini sunarlar. Bunun yanı sıra kabile veya halk da haksızlığa karşı kolektif hareket ederek kendisini korur. Haykırarak dışlama kararı - Anglo-Sakson hukukunda *Dışarı*! *Dışarı*! "çığlık" ya da "haykırış"ı- hepsinin yasaya karşı geleni kovalamak için bir araya gelmesini sağlayan işarettir. Pek çok ciddi ihlal halinde, bu kararın doğal sonuçlarından birisi, yasaya karşı geleni haklarından mahrum etme cezasıdır. En azından teoride, hiç kimsenin suçluyla iletişim kurmasına izin verilmez ve böylece yasayı ihlal eden teşhir edilir ve açlıktan ölmeye bırakılır.

Hane halkında ve halk mahkemesinde sembolleşen m*und* ve *frith* -koruma ve barış- aynı zamanda kefalet, teminat ve rehine vermenin; yeminin ve el sıkışmanın ve barışın tesisine ilişkin diğer törensel eylemlerde de sembolleşmiştir. Yemin etmeleriyle tanrıların, daha sonra Tanrı'nın, koruması altına yerleşen taraflar, tanıkla ispatı ve işkenceli sınamaları ya da *bot* ve *wer* almak için kefalet, teminat ve rehine verilmesini kabul etmelerini kolaylaştıracak olan güveni kazanmış olurlardı. Daha önemlisi tarafların yeminlerini bozması, bizatihi yeminler üzerine kurulmuş olan ev ve kabile yaşantısının temellerini tehdit etmek anlamına gelirdi.

Hanenin ve hane halkının kabile içindeki önemi unvanlara (lordluğa) ve teritoryal topluluğa olan bağlılığın giderek artan önemini örtmemelidir. Zira en erken dönemlerden itibaren kalıtımsal bir aristokrasi mevcuttu ve önceleri hizmete bağlı olan unvanlar zaman içinde kan esasına dayanır olmuştur. Öyle ki "Bir lorda sadakat epik bir şiirin istikrarlı bir bölümüdür" der H. R. Loyn. "Bu Alfred'in krallığından (871-900) itibaren toplumun şekillendirilmesini sağlayan esas itici güç haline gelmiştir. Akrabalarınız saldırıya uğradığında, onlar için ancak lordunuza (efendinize) karşı gelmemişlerse savaşabilirsiniz, aksine izin vermiyoruz, diyordu Alfred'in yasalarından birisi. Alred'in halefleri döneminde, lordu olmayan (efendisiz) bir adam giderek daha fazla anomali olarak kabul edilmiştir. Toplum, bir adamın lorduna (efendisine) ve lordun da barona (kralın hizmetine giren kabile reisi) olan sadakatiyle bir arada tutuluyordu".[25] Buraya Franklar arasında da durumun, bir yüzyıl önceden, en azından Charlemagne'ın krallığından itibaren böyle olduğu eklenmelidir.

[25] Loyn, *Anglo-Saxon England*, s. 217.

Lordluk bağlarının kralı lordlar arasında birinci yapması gibi, teritoryal topluluğun bağları da kralın bütün toprakların yöneticisi olmasını sağlıyordu. Loyn'un belirttiği üzere "Kan bağlarının iktidarı ile seküler lordluk arasında herhangi bir çatışma yoktu"[26] ve benzer biçimde kan bağlarının iktidarı ile teritoryal topluluk arasında da bir çatışma yoktu. Lordun hanesi ve maiyeti, kabile topluluklarındaki diğer hanelerle benzerdi ve bütün toprağın yöneticisi olan kralın hanesi ve maiyeti de kabile topluluklarındakilerle benzerdi. Hepsi karşılıklı koruma ve hizmet üzerinde temellenen *wyrd* ile *lof*, *mund* ile *frith*, *bot* ile *wer*, *borh* ile *werd* paradigmasında birleştirilmişti. Hepsi de kan davası veya uzlaşma, işkence veya tanık yeminiyle aklanma, Lévi Strauss'un sözleriyle "ikili karşıtlıklar", hukuk sisteminin çatışmaları çözen bir parçasıydı.[27] Hukuk düzeninin diğer karakteristik kurumları şunlardır: Bir saldırı vuku bulduğunda haykırarak dışlama kararı (Latincede hukuk terimi olan *claim'in* kökü *clamor*; Anglo-Sakson hukukunda *scream'in* kökü *hcream*); malların müsaderesi ve birisi tarafından öldürülmeyi de içerecek biçimde yasal haklarından mahrum bırakılma; zarar veren aletin ya da kölenin saldırının mağduruna verilmesi.

Hukuk tarihçileri bu tip hukuka "Arkaik Hukuk" demektedir. Ana hatlarıyla bakıldığında on birinci yüzyılın sonlarından önce bu sadece Cermen halklarının değil, Kent'ten Kaşmir'e, bütün Hint-Avrupa halklarının farklı zamanlardaki gelişiminin karakteristik özelliğidir. Elbette zaman içinde mekândan mekâna büyük yerel farklılıklar mevcuttu ancak yine de ortak bir hukuk tarzı vardı.[28]

---

[26] Ibid., s. 300.

[27] Claude Lévi-Strauss, *Structural Antropology*, trans. C. Jacobson and B. Schoepf (New York, 1963) [Türkçesi: *Yapısal Antropoloji*, çev. Adnan Kahiloğulları, İmge Yayınları, 2012], s. 132.

[28] Bkz. Calvert Watkins, "Studies in Indo-European Legal Language, Institutions, and Mythology", George Cardona, Henry M. Hoenigswald, and Alfred Seen, ed. *Indo-European and Indo-Europeans* (Philadelphia, 1970) içinde, s. 321. Watkins, Hint-Avrupa halkları arasında yaygın olan karmaşık hukuki kavramlara çeşitli örnekler vermektedir. Bu örneklere, zarar karşılığı rehin alma da dâhildir ki bunun için ortak bir sözcük vardır; Latince *sarcire* ve Hititçe *sarnikzi*. Her iki sözcük de iki farklı toplumda aynı hukuki meseleye ilişkin kullanılmıştır dahası aynı terimi kullanan bu iki toplumun birbirleri ile herhangi bir ilişkisi olmamıştır (Terim, bir başkasına zarar veren kölenin veya hayvanın rehin alınması ve fidye olarak tutulması anlamına gelmektedir). Watkins, karşılıklı etkilenme zamansal ya da coğrafi açıdan imkânsız olduğunda, dilsel eşleşmenin ve kurumsal benzerliğin tesadüfîliğinin or-

Cermen Hukukunda Dinamik Unsurlar: Hıristiyanlık ve Krallık

Cermen halk meclisleri ya da mahkemeleri sadece *doom* hüküm vermezlerdi, aynı zamanda hükümler gibi bir takım genel fermanlar da yayınlarlardı. Ancak *doom*'lar modern bağlamdaki yasalar gibi düşünülmemelidir, daha ziyade eski geleneklerin ilahi ilhamlı tasdiki olarak ele alınmalıdır. Bunlar tanrıların -veya Hıristiyanlığın kabulünden sonra Tanrı'nın- iradesinin yansıtılmasıdır ve nesnel bir hakikatleri vardır. Akil adamların meclisi yasama olarak değil fakat yasanın sözcüleri olarak adlandırılırdı. Sözcüsü oldukları yasalar bağlayıcıydı çünkü eskiydi, eskiydi çünkü tanrılar tarafından konulmuştur. Hukuk yavaşça ve gizlice değişmiştir zira hukuk düzeninde açıktan açığa yapılan değişikliklerin çok güçlü bir biçimde meşrulaştırılması gerekmiştir. "Yasa değişiklikleri yeni bir hüküm tesisi, bugüne dek açıklanmamış bir özelliğinin dile getirilmesi, halkın *witan* aracılığıyla yaptığı yargısal bir işlem olarak düşünülmüştü(r)".[29]

Birbirine bağlı iki etken bilinçli, açık değişikliklerin yolunu açmıştır: Bunlardan birisi Hıristiyanlığın hukuki kavramlar üzerindeki etkisidir. Diğeri ise krallığın çeşitli halkların yaşadığı geniş toprakları birleştirerek yerelleri ve kabileleri aşan bir kurum olarak gelişmesidir.

Beşinci ve onuncu yüzyıllar arasında derece derece bütün

---

tak bir kökeni gösterdiğini vurgulamaktadır. Watkins'in örneği "Hint-Avrupa toplumundaki rehin alma kurumunun en az Latin ve Hitit toplulukları kadar eski olması gerektiğini; yani mevcut bilgimizin ortak bir Hint-Avrupa dönemine ait olduğunu kanıtlamaktadır" (ibid., s. 333).

Hint-Avrupa toplumlarının Arkaik Hukukunun yaygın kimi özellikleri, çağdaşı olan ilkel toplumlarda da görülmektedir. Bununla birlikte modern antropologlar bir bütün olarak erken dönem Hint-Avrupa hukuku üzerine çalışmaktan, kısmen sosyal evrim teorisine dair olumlu imaları nedeniyle kısmen de "saha çalışması" yapılamayacağı için kaçınmışlardır. Diamond (*Primitive Law*), Arkaik hukuku çağdaş iptidai hukukla yan yana getirerek incelemeye çalışan tek modern antropolog olarak bir istisnadır. Ancak o da Arkaik hukuku en çağdaş iptidai hukukla karşılaştırdığında Arkaik hukukun en ayırt edici işaretini; yani arkaik hukuk düzeninde mahkemelerin, resmî yargılamanın (hem davalama hem de hüküm tesis etme açısından) merkezi rolüne verdiği önemi vurgulamayı ihmal etmiştir.

[29] J.E.A. Jolliffle, *The Constitutional History of Medieval England*, 3rd ed. (London, 1954), s. 24. Ayrıca bkz. Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trans. S.B. Chrimes (Oxford, 1939), s. 151. "Hukuk (erken Orta Çağ'da) eskidir; yeni hukuk kavram kargaşasıdır... bütün yasama faaliyeti ve hukuk reformu ihlal edilen eski iyi hukukun restorasyonu olarak tasavvur edilir".

Avrupa'ya yayılan yeni dinin Cermen halk hukukunun bizatihi kendi varoluşunu tehdit ettiği düşünülebilir. Ki, o Cermen halk hukuku, savaşan tanrılara dair kabile mitleri; nehirlere, ağaçlara ve dağlara tapınma; kabile krallarının kutsallığı, akrabalık ve lordluk bağlarına sadakat ve her şeyden önce kadere olan inançla inşa edilmiştir. Hıristiyanlık işte bu eski mitlerin yerine evrensel bir yaratıcı inancını, oğlunun, İsa Mesih'in suretinde dünyada beliren bütün insanların babasını, onları dünyevi bağlardan, kaderden ve bizzat ölümden azat eden ibadet ilkelerini koymuştur. Bu alışılmadık fikirler Cermen insanına tuhaf ve soyut görünmüş olmalı!

Öte yandan Hıristiyanlık tepelerin, vadilerin, ormanların, nehirlerin, kayaların, rüzgârın, fırtınanın, güneşin, ayın, vahşi yaratıkların, yılanların ve diğer doğal fenomenlerin (Cermenlerin inandıkları gibi) doğaüstü düşman güçler tarafından ele geçirilmediklerini bilakis Tanrı tarafından insanlar için yaratıldığını ve savaşan kabilelerin korku duymadan gezinmelerinin ve yerleşmelerinin mümkün olduğunu söyleyen daha pratik bir öğreti geliştirmiştir. Bu öğreti, önceleri el değmemiş topraklara münzeviler olarak yerleşen sonra manastır topluluklarında toprağı işleyerek diğerlerinin de kendilerine katılmasını sağlayan on binlerce keşiş tarafından beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci yüzyıllar boyunca öğütlenmiş ve hayata geçirilmiştir. Böylece Hıristiyan manastır sistemi Avrupa'da köylülüğün ortaya çıkışını sağlayan başlıca etkenlerden birisi olmuştur. İrlanda ve Galler'den bütün Avrupa'ya yayılan manastır hareketi, Cermen dinlerine hâkim olan batıl inançlara karşı savaşmış ve Cermenlerin dört mevsime ve doğaya göre düzenlenen pagan takvimine karşı çıkarak, İncil'de yazan olaylara ve azizlerin hayatlarına göre düzenlenen bir takvimi getirmiştir.[30]

Hıristiyanlık, Cermen halklarına, akrabalığı, kabileyi ve toprağı aşan Kilise üzerinden bizatihi onların olan topluluk kavramı aracılığıyla hitap etmiştir. Hıristiyanlık bir yandan kralların, onların tanrıların soyundan geldiğine inanan Cermen paganlığının aksine, günahları nedeniyle Tanrı tarafından cezalandırılacak

[30] Bu dönemdeki manastır hareketinin olağanüstü açıklayıcı kısa bir değerlendirmesi için bkz. Christopher Dawson, *The Making of Europe: An Introduction to European Unity* (1932; New York and Cleveland, 1956), ss. 176-186. Daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. Brendan Lehane, *The Quest of Three Abbots* (New York, 1968).

olan beşerî varlıklar olduğunu söylemiştir. Öte yandansa Cermen yöneticiler halklarının en yüksek din adamları olmaya, piskoposları atamaya, dinî metinleri tefsir etmeye ve diğer dinî meseleleri belirlemeye devam etmiştir. Cermen kralları aynı zamanda diğer akraba topluluklarını, kabileleri ve başka topraklarda yaşayanları gerçek dine biata; hâlihazırda Hıristiyan olanları da gerçek kilisenin egemenliğinde birleşmeye davet etmeye başlamıştır.

Denilebilir ki, Hıristiyan inancı ve pratikleri Cermenlere çekici gelmiştir. Zira ilk defa Hıristiyanlık, hayata ve ölüme karşı olumlu bir tavır almalarını sağlamış ve varoluşlarındaki trajedi ve mitlere denk düşen daha büyük bir amaç sunmuştur. Pagan mitleri Hıristiyanlığın yanında insafsız ve kasvetli görünmüştür. Kral Alfred'in kendisinin çevirdiği Boethius'a yazdığı ünlü "Ek"te yer alan sözlerindeki tutku anlaşılabilir. "Diyorum ki, tıpkı diğer Hıristiyanlar gibi, egemen olan ilahi bir amaçtır; kader değil". Ancak öte yandan Hıristiyan kozmolojisi ve etiğini idrak etmek Cermenler için kolay değildir. Eğer ciddiyetle bakılırsa görülür ki, Hıristiyanlık sadece Cermenlerin eski inanç sistemlerinin değil esasında bütün sosyal düzenlerinin temelini tehdit etmiştir.

Peki ama eğer Hıristiyanlık Cermen toplumsal kurumlarına karşı bir tehdit teşkil ettiyse Cermen kabile şefleri ve aile reisleri Hıristiyanlığa geçmeye nasıl ikna oldular? Bu soru yanlış bir önermeye dayanmaktadır. Hıristiyanlık, ilk başta, Cermen toplumsal kurumlara bir tehdit teşkil etmemiştir.

Cermen Hıristiyanlığı'nı gerek Roma Katolikliği gerek Protestanlık olarak modern Batı Hıristiyanlığı'yla karıştırmamak gerekir. Cermen Hıristiyanlığı aslında Doğu Ortodoksisi'ne hem o zaman hem de bugün mevcut bazı ülkelerde daha yakındır ve toplumsal kurumların reformuyla neredeyse hiç ilgilenmemiştir. Kilise ile alakalı bir birlik ya da erk olmaya da yönelmemiştir. Daha ziyade öte dünya -cennet ve cehennem- ve dua, tevazu ve itaat yoluyla oradaki hayata hazırlanmakla meşguldür.[31] Kilise

[31] Anglo-Sakson vakanüvisler tarafından anlatılan bir hikâye, Romalı misyoner Paulinus'un Northumbria'nın pagan kralına ve taraftarlarına ilettiği bir mesajla ilgilidir. Paulinus konuşmasını bitirdiğinde, bir serçenin ziyafet salonu boyunca uçtuğu ve yaşlı bir danışmanın konuştuğu söylenir. "İnsan hayatı" der yaşlı adam "bir serçenin, birisinin kış vakti kalbinde yanan ateşle yemeğe oturduğu ve buz gibi yağmur fırtınasının olmadığı aydınlık bir salonda uçuşuna benzer. Serçe kapı-

tarihinin en yüce Hıristiyan idealleri, ilk bin yılında hem Doğu'da hem Batı'da kutsal kişilerin hayatları ve manastır yaşamı üzerinden ve geçici olan bu dünyadan ruhani vazgeçişle sembolize edilmiştir. Ne var ki, manastır hayatı bir yana bırakılırsa bir örgütlenme olarak kilise toplumun sosyal, ekonomik ve politik hayatıyla tamamen bütünleşmiştir. Politik düzene karşı çıkmamış fakat tam içinde olmuştur. Din, siyaset, ekonomi ve hukukla birleşmiştir, tıpkı her birinin diğerleri ile birleştiği gibi. Dinî ve seküler yargı yetkileri birbirine karışmıştır.

Kilise, kutsallığı öğretmiş ve azizler yaratmıştır, bu, daha önce kahramanlarını yücelten kuzey ve batı Avrupa halkları için alışılmamıştı. Zaten Kilise kahramanlığa ve kahramanlara karşı değildir sadece bir alternatif, daha yüksek bir ideal koymuştur. Kilise kan davasına ve işkenceye de karşı değildi, sadece bunların kurtuluşu sağlamayacağını; kurtuluşun inanca ve yapılan iyi işlere bağlı olduğunu söylemiştir. Aslında piskoposların ve rahiplerin büyük çoğunluğu, çağın özelliği olan yozlaşmaya ve şiddete bulaşmıştır. Bu kaçınılmazdır; zira piskopos ve rahiplerin çoğu önemli siyasetçiler tarafından kendi akrabaları ve arkadaşları arasından atanmıştır. Cermen halkları Hıristiyanlaşırken Hıristiyanlık da Cermenleşmiştir.[32] Manastır hareketinin hem öğretide hem uygulamada Hıristiyan idealleri olan feda ve yardım ile komşunu sev ilkesini -ve aynı zamanda gelişmiş tarım tekniklerini- öğretmeye çalıştığı bir gerçektir. Ancak altıncı ve onuncu yüzyıllar arasında Avrupa'nın her yanında ortaya çıkan manastırların her biri başlangıçta kendi kendisini yönetmiş ve seküler hukuk reformuna herhangi bir düzenleme sunmamış; bunun yerine bu dünyada payına düşeni münzevi bir hayat ve dua ile öte dünyaya hazırlanmakla geçirmeyi önermiştir. Bu ise Cermen hukuk kurumlarının yerini almasa da değerini düşürmüştür.

Gerçekten de Hıristiyanlık işkence ve tanık beyanı ile aklanma gibi Cermen hukuk kurumlarını, bu kurumların altında yer alan ilahi içkinlik kavramını güçlendirerek desteklemiştir. Hem

---

lardan bir kapıdan içeri uçar ve bir süreliğine sıcakla ve ışıkla durur ve sonra bir kapıdan dışarı uçar ve kışın karanlığında kaybolur. İşte bir insanın hayatı bir anlığına durur ve öncesinde ve sonrasında ne olduğunu biz bilmeyiz. Eğer bu yeni öğreti bize söyleyebilirse bırakın onu takip edelim". Bede, *Historia ecclesiastiastica gentis Anglorum*, ed. Charles Plummer (Oxford, 1896), II, 13.

[32] Bkz. Heinrich Boehmer, "Das germanische Christentum", *Theologische Studien und Kritiken*, 86 (Halle, 1913) içinde, 165-280.

Cermen dininde hem de onu yerini alan Hıristiyanlıkta doğaüstü güçlerin doğanın ayrılmaz parçası olduğu varsayılmıştır ve duyularla ulaşılabilir olan bu dünya, Marc Bloch'un ifadesiyle "arkasında gerçekten önemli olayların cereyan ettiği bir maske"dir. *Judicium dei*, böylesi ayrılmaz, yerleşmiş, doğaüstü güçlere olan inanca dayanıyordu.[33] Ne zaman Kilise vurgusunu Tanrı'yı taklit eden insandan aşkın bir Tanrı'nın kendisine yöneltmiştir, işte o zaman tanıkların sorgulanması aracılığıyla gerçeğin bulunması için işkenceler, yemin yardımcıları, düellolar ve galip gelenlerin yargılama yapması "rasyonel" bir anlam kazanmıştır.

Bu, on birinci yüzyıldan önceki Hıristiyanlığın Avrupa halklarının hukukuna hiçbir olumlu katkıda bulunmadığı anlamına gelmez. Aksine esaslı değişikliklere yol açmıştır. Hıristiyanlığa geçiş ilk olarak kabile geleneklerinin yazıya dökülmesine hız kazandırmıştır. Bu etki, Frankların Hıristiyan kralı Clovis tarafından iktibas edilen Salyan Yasalarında; Kent'in yöneticisi ve İngiltere'nin ilk Hıristiyan kralı[34] olan Ethelbert'in Yasalarında ve dört

---

[33] Bkz. Marc Bloch, *Feudal Society*, s. 83; R. Howard, *Medieval French Literature and the Law* (Berkeley, Calif., 1978), s. 19.

[34] Muhterem Bede [Anglo-Saksonlar'ın ilk tarih yazarı -ç.n.], yüz otuz yıl sonra yazmalarında Ethelbert'in "halkına bahşettiği iyi şeylerin arasında danışmanlarından Romalıların yaptıklarına göre tavsiyeler alıp hüküm tesis etmesi"nin de olduğunu belirtir. (*"decreta illi iudiciorum iuxta exempla Romanorum cum consilio sapientium constituit"*). Bede, *Historia Ecclesiastica*, II, 5. Wallace-Hadrill *"iuxta exempla Romanorum"* ibaresinin yasaların Romalıların usulüne göre yapıldığı biçiminde anlaşılmaması gerektiğine; daha ziyade "Ethelbert'in Augustine'nin İtalya'dan beraberinde getirdiği Salyan hukukunu ve Burgonya, Got ve Lombardiya örneklerini izlediğine" işaret etmektedir. Bkz. J.M. Wallace-Hadrill, *Early Germanic Kingship in England and on the Continent* (Oxford, 1971), s. 37. Wallace-Hadrill Ethelbert'in Yasalarının 90 bölümünün en az 19'unun *Lex Salica* ile paralel olduğunu ve diğer Cermen yasaları ile de paralellikler gösterdiğini eklemektedir. Şöyle yazmaktadır (s. 39): "Verilen örnekler Romalı zihinlerde hukuka ve Hıristiyanlığın kabulüne dair mevcut bağlantılara tanıklık etmektedir; bu Galler'de de aynıdır, İspanya'da da, İtalya'da da ve kesinlikle Kent'te de".
Bununla birlikte, iki öncü İngiliz hukuk tarihçisi, İngiliz hukukunda yabancıların etkisinin olmadığını göstermeye çalışırken çok ileri gitmişler ve Ethelbert'in Yasalarının "bütünüyle pagan" olduğunu ve "muhtemelen" Hıristiyanlığın 597'de İngiltere'ye gelmesinden önce yürürlüğe girdiğini iddia etmişlerdir". Henry G. Richardson and George O. Sayles, *Law and Legislation from Ethelbert to Magna Carta* (Edinburgh, 1966). Wallace-Hadrill bu görüşü reddederken, Ethelbert'in yasalarının Franklar'ın, Burgonyalıların ve diğer Cermen halklarının yasalarını kapsayan hukuk geleneğinin bünyesinde olduğunu ileri sürmektedir. Papa Büyük Gregorius, Augustine tarafından liderlik edilen kırk misyoneri (artı yorumcuları) göndererek Ethelbert'in Hıristiyan olmasını sağlamış ve İngiliz kralına doğru dini seç-

yüz yıl sonra ilk Hıristyan olan Kievli Rus prenslerin *Russkaia Pravda*'sında görülebilir.[35] Hıristiyanlık her şeyden önce yazıyı getirmiş, yazı da aksi halde belirsiz kalacak olan geleneklerin (özellikle de geleneksel mâli cezaların) saptanmasını sağlanmıştır. Bu da ihtilafların çözümünde yürütülecek müzakereleri kolaylaştırmış; kamu otoritelerinin henüz başlangıç aşamasında olan yargı yetkilerini de pek çok ciddi suç bakımından güçlendirmiştir. Ayrıca İncil, geleneğe yeni bir tür kutsallık iliştirmeyi mümkün kılan bir yol açmıştır; yazmanın bizatihi kendisi bir ritüel haline gelmiştir. İkinci olarak, geleneklerin yazıya dökülmesi bir takım kurnazca -elbette bir takım o kadar da kurnazca olmayan- değişikliklerin yapılmasını mümkün kılmıştır. Kralın danışmanı haline gelen ve yazma lütfuna nail olan Hıristiyan ruhban sınıfı koruma talep etmiştir. Aslında özellikle keşişler özel bir korumaya ihtiyaç duymuştur, zira bir bakımdan kabile hayatının dışındadırlar ve bir ölçüde de akrabası olmayan -kimsesiz- bir topluluktular ("Seküler ruhbanlar" -keşiş olmayanlar- genellikle evliydiler). Ethelbert Yasalarının "Tanrı'nın ve Kilise'nin malını çalan, on iki katı ile tazmin edecektir" diye başlaması tesadüf değildir.

Hıristiyanlığın halk hukukunda şekillendirdiği bütün değişiklikler siyasi faktörlere atfedilemez. Uzun vadede törel faktörler muhtemelen daha büyük bir rol oynamıştır. Zira Cermen "kod"ları daha adil ve daha insani hukuki değerlere yönelik güçlü bir teşvik içeriyordu. Örneğin Kral Alfred'in Yasaları "On Emir", Musa'nın yasalarının yeniden ifade edilmesi ve Havarilerin Yasası ile manastırlardaki kefaret kuralları ve Kilise'nin diğer yasalara atıflarla başlıyordu. Alfred'in yasaları her ne kadar eski

---

mekle Tanrı tarafından kutsanacağını hatta İmparator Constantine'in kutsandığı gibi kutsanacağını yazmıştır. Wallace-Hadrill'in yazdığı gibi (s. 29), Papa "Hıristiyanlığa bu yeni geçişin, (İstanbul'daki) imparatorun baba olduğu Katolik Krallar ailesine giriş olduğunu ifade etmektedir. Papalıkla imparatorluk arasındaki haberleşmenin süresi şüpheye yer bırakmamaktadır. Siyaseten bu bir anlama gelebilir ama gelmeyebilir de. Ancak çıkarılabilecek tek kesin sonuç şu olabilir; Hıristiyanlığa geçiş imparatorun kaynak olduğu yazılı hukuk geleneğine giriştir. Aethelbert'in yasalarının Hıristiyanlığa geçişinden sonraya denk gelmesinin nedenlerinden birisi bu olabilir. Cermen krallarına hediye edilen hukuk kitapları Romalı ve özellikle Hıristiyan-Romalıydı". Ayrıca bkz. A.W. B. Simpson, "The Laws of Ethelbert", I.S. Arnold, T.A. Green, S.A. Scully, and S.D. White, *On Law and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne* (Chapel Hill, N.C., 1981) içinde, ss. 3-17.

[35] Bkz. George Vernadsky, *Medieval Russian Laws* (New York, 1947).

derlemelerin tekrarı olsa da şöyle çarpıcı hükümler de içeriyordu: "Hüküm adildir; zenginlere bir fakirlere başka bir hüküm; dosta başka düşmana başka hüküm bulunmaz".[36]

Hıristiyanlık halk hukukunun değişmezlik kurgusunu yıkmıştır. Cermen hukuku, altıncı ve on birinci yüzyıllar arasında cinsiyete, sınıfa, ırka ve yaşa dair ön yargılar, kadın-erkek, köle-özgür, zengin-fakir, çocuk-yaşlı her insanın Tanrı'nın huzurunda eşit olduğunu söyleyen Hıristiyan öğretisinden bir derecede etkilenmiştir. Bu inanışın, kadınlarla kölelerin ve fakirlerle kimsesizlerin durumunda iyileştirici bir etkisi olmuştur. Hıristiyanlık yemin delilini de etkilemiştir, zira yemin etme Hıristiyan bir form almaya başlamış ve sonuçları dinî yaptırımlara bağlanmıştır. Yeminler bir rahip gözetiminde, mihrapta ve kutsal emanetlerin üzerine ediliyor ve yalana karşı dinî yaptırımlara başvuruluyordu; yalan yere yemin etmek ise kefaret üzerinden cezalandırılıyordu. Esasında yeminler, işkencenin yanı sıra yargılamanın ana motiflerinden birisiydi. İşkence, kendisi için yemin edecek akrabası olmayanlar (ya da bir sebeple gerekli yemin yardımcılarını getiremeyenler) ve sözüne güvenilirlik hususunda şöhretleri kötü olanlar ile belirli suçların yargılanmasında uygulanmaya devam etmiştir. Ancak diğer davalarda işkence ile eşit derecede delil sunma usulü şahitlerin yeminli beyanı idi. Yemin yardımcıları, daha önceleri olduğu gibi esas olarak akrabalar arasında seçilirdi ve *yemin-yardımcılığı* kavramına içkin güçlü bir sadakat unsuru bulunurdu. Yine de Kilise yalan tanıklıkla Tanrı'ya ve tanıklık görevine karşı suç işlenmesi riskini dikkate alarak yalan yere yemin eden kimsenin günah çıkarmasını şart koşmuş ve onların kefaret ödeyeceğini eklemiştir. Sadece yalan yere yemin etme değil adaleti engelleme faaliyetlerinin hepsi kefarete tabi kılınmıştır. Mesela bir kimse tatmin edici bir çözüme rağmen kan davasında ısrar edecek olursa Tanrı'ya karşı suç işlemiş sayılacaktır ve bir rahibe günah çıkartarak oruçla ya da öngörülen başka bir biçimde kefaretini ödemek zorundadır.

Hıristiyanlık, on birinci yüzyıldan önceki dönemde halk hukukunun gelişiminde krallığın rolünü ve özellikle kabile adaleti-

---

[36] Alfred, yasalarına altın bir kural eklemiştir, sana yapılmasını istemediğini başkasına da yapma: "Bir adam bir tek bu hükümle başkalarını adil bir biçimde değerlendirebileceğini hatırında tutmalıdır; başkaca bir hükmü dikkate almasına gerek yoktur". Alfred'in yasaları için bkz. Attenborough, *Laws*, ss. 62-93.

nin merhametle ve güçsüzlerle acizlerin güçlülerle zenginlere karşı korunması biçimini almasındaki sorumluluğunu da artırmıştır. Sekizinci, dokuzuncu, onuncu ve on birinci yüzyıllarda, Frank ve Anglo-Sakson krallarının olağanüstü davalarda yargıç olmak üzere Tanrı tarafından atandığı düşünülmüştür. Krallıklarında dolanırken (iletişim araçları çok sınırlı olduğu hiç durmaksızın topraklarında dolanırlardı) Tanrı adına; dulların, yetimlerin, kendisini koruyacak akrabası ve efendisi olmayanların davaları ile herhangi mâli bir ödeme ile kimsenin tatmin olmayacağı derecedeki kötü suçların davalarını dinlerlerdi. Bu onların; halklarının patriarkı olarak sahip oldukları ruhani yargı yetkilerinin bir parçasıydı.

Hıristiyanlık, politik olarak da yöneticilerin kabile reisinden (*dux*) krala (*rex*) dönüşmesini sağlamıştır. Bir kral, Hıristiyan olduğu andan itibaren artık sadece kendi kabilesinin Tanrı'sının temsilcisi değil; bütün kabilelerin, en azından pek çoğunun evrensel Tanrı'sının da temsilcisidir. Filhakika, kral, imparatorluğunun başı haline gelmiştir. Zira Hıristiyanlık birleştirici bir ideolojiydi. Franklar'ı 768'den 814'e kadar yöneten ve 800 yılında İmparator tacını giyen Charlemagne, imparatorluğundaki çeşitli halkları bir bayrak altında toplamış ve Araplar'a, Saksonlar'a, Danlar'a ve Slavlar'a karşı savaşmak üzere seferber etmiştir. Bu esnada Manş Denizi'nin öte yanında ise Mercia kralları (bir yüz yıl sonra da Sakson kralı Büyük Alfred) İngiltere'deki çeşitli ırklar üzerinde askerî bir hâkimiyet kurarak İskandinav işgalcileri kovmuştur. Emperyal krallığın evrenselliği, en azından çeşitli dönemlerde, kabileye, yerelliğe ve akrabalığa olan sadakatten üstün hale gelmiştir. Zira bu evrensellik, sadece askerî güce değil aynı zamanda kilisenin başı olarak kralın (ya da imparatorun) ruhani otoritesine de dayanmaktadır. Charlemagne, henüz Roma Piskoposu tarafından imparator tacının giydirilmesine karar verilmeden evvel, kardinalleri çağırarak Kilise hukukunu hazırlamıştır. Christopher Dawson'ın belirttiği gibi "Charles, Papa'yı kendisinin dinî memuru gibi görmüş ve III. Leo'ya açıkça Kilise'yi yönetmenin ve savunmanın kralın görevi; Papa'nınkinin ise onun için dua etmek olduğunu söylemiştir". Benzer biçimde Alfred de İngiltere'deki kilisenin başı olmuştur.[37] Ethelbert Yasala-

---

[37] Bkz. Dawson, *Making of Europe*, ss. 190-201. Charlemagne iktidarında Frank devleti "Bizans İmparatorluğu'ndan daha da geniş çapta bir *kilise-devletiydi...* Kral,

rı'nda (İ.S. 1000) söylendiği gibi "Hıristiyan bir kral, İsa'nın vekilidir ve İsa'ya yöneltilen saldırıların intikamını almak için azami gayret göstermelidir".[38] Genel olarak bakıldığında, imparator ve papa arasındaki kimi gerilimlere rağmen, ruhban sınıfı kilisenin emperyal liderliği da dâhil olmak üzere imparatorluk mevhumunu savunmuştur.

Hukuki kurumların gelişim sürecinde hem kraliyet otoritesi hem de dinî otorite dinamik faktörlerdi. Özellikle sekizinci yüzyıldan itibaren krallar huzuru tesis etmek için kendi düzenlerini - hane hukuklarını- ailelerinin, mahkemelerinin, dostlarının, hizmetçilerinin ve ulaklarının ötesine genişletmişlerdir. Altıncı ve yedinci yüzyıllarda dahi kan davasını düzenlemek ve sınırlamak

---

devletin olduğu kadar Kilise'nin de yöneticisiydi ve onun ruhban sınıfının davranışları ile öğretinin ve ritüellerin düzenlenmesine ilişkin çıkardığı yasalar en katı ve en ayrıntılı yasalardı... Bütün imparatorluğun yönetimi büyük ölçüde dinîydi zira piskopos mahkemelerde imparatorluğun bölündüğü 300 bölgedeki yerel yöneticilerle eşitti, merkezi hükümet ise kilise kançılaryasının ve kraliyet şapelinin elindeydi... Yerel yönetimlerin denetimi ve gözetimi tipik bir Karolenj Kurumu olan ve tıpkı daha sonra İngiliz yargıçlar kurulunun yaptığı gibi imparatorluk boyunca daireler çizerek dolaşan Missi Dominici tarafından gerçekleştiriliyordu. Burada da en önemli görevler piskoposlara ve başpapazlara emanet edilmişti" (s. 190). Dawson'ın aktardığı üzere, Charlemagne'ın Anglo-Sakson danışmanı Alcuin'e göre dünyada üç üstün iktidar -Roma'daki Papalık, İstanbul'daki imparatorluk ve Kral Charles- vardır ve bu sonuncusu en üstünüdür, Charles'ın Hıristiyan halkının (*populus Chritianus*) lideri olması için bizzat İsa Mesih tarafından atanmıştır. Alcuin, kilise litürjisindeki *imperium Romanorum* ibaresini, Charles'ın Roma'yı ve Romalıları aşan kendi imparatorluğunu atıfla *imperium christianum*'a olarak değiştirmiştir.

İngiltere'deki "kutsal krallık" ve Alfred'in kilisenin başı olarak rolü için bkz. William A. Chaney, *The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England* (Berkeley and Los Angeles, 1970), esp. Chap. 6 "Sacral Kingship in Anglo-Saxon Law". Chaney, şöyle yazmaktadır: "Cermen krallıklarındaki en temel kavram dinî ve siyasi işlevlerinin ayrılamazlığıdır... (Kral) bir Tanrı değildir ve mutlak güce sahip değildir ancak kabilesinin esenliğinin ona dayandığı karizmatik (Tanrı vergisi) bir iktidarı vardır. Bu kralın doğaüstü gücüdür... sadece krala değil "kraliyet soyuna" nüfuz eden halkın aralarından kralı seçtiği soya nüfuz eden doğaüstü güç" (ss. 13-15). Kutsal krallık Hıristiyan dönemine de taşınmıştır; seküler alanla ruhani alan arasında ayrım yoktur ve kral İsa'nın her iki anlamda da "dinî meselelerde olduğu kadar seküler meselelerde de kural koyması gereken, yani krallığının refahı Tanrı'nın ve kralın egemenliği altında olan" vekilidir (s. 192). "Kral, ilahi korumanın altında hâlâ halkının lideriydi ve dinî ve krallığa ilişkin işlevlerinin ayrılması en az paganlıkta olduğu kadar düşünülemezdi... Yöneticinin halkı için teolojik ve eskatolojik bir rol üstlenmesi beklenirdi" (s. 247).

[38] VIII Aethelred 2, Agnes J. Robertson, ed., *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I* (Cambridge, 1925) içinde, s. 119.

için çok çaba harcamışlardır; örneğin kendi hane halklarına yönelmese bile belli saldırılar için kişileri ve hane halklarını ödeme yapmaya zorlamışlardır. Böylece giderek daha fazla saldırı kralın huzurunda dava edilebilir olmuştur. Vatana ihanet, kasten öldürme, zina ölüm cezası gerektiren suçlardandır. Sekizinci ve dokuzuncu yüzyıllarda Frank imparatorları, keza dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda da Anglo-Sakson kralları, barışı kendi topraklarında sürdürme sorumluluğunu açıkça üzerlerine almışlardır. Kral Edgar'ın 973 yılındaki taç giyme töreni için Canterburry Başpiskoposu Dunstan'ın hazırladığı yeminle Edgar, krallığındaki bütün Hıristiyan halkı için "gerçek barışı" tesis edeceğine, soygunların ve "haksız kazançlar"ın yasaklanacağına ve bütün hükümlerin "merhametli ve adil" olacağına dair yemin etmiştir.[39] Frank imparatorları da belli bir süre benzer bir yemini etmiştir. Nihayetinde yerel meclisleri denetlemesi için kraliyet memurlarının atanması ve kabileler ile diğer yerel topluluklar üzerindeki kraliyet etkisini artıracak idari aygıtların geliştirilmesi suretiyle bu yeminlerin tutulmasını sağlayacak çözümler bulunmuştur. Bütün bunlara ek olarak kralın en üstteki lord olduğu yeni oluşmakta olan feodalizm, onun barışı koruma işlevini pekiştirmiştir.

Krallar ve piskoposlar yeni yasalar çıkarmış ve mahkemeler kurmuştur. Krallık bürokrasisi ve dinî bürokrasinin ihtiyaçları, kabilelerin ve yerel hakların kültürünün gerektirdiğinden daha karmaşık yeni hukuki kurumların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Örneğin kraliyet temsilcileri tahkikatlara davet edilmiş (jüri üyesi olarak) ve tanıkları sorgulamışlardır. Kraliyet fermanları, hukukun Kilise buyrukları ve kararnameleri kadar önemli bir kaynağı haline gelmiştir. Böylece halk hukukunun yanında (*Volksrecht*) resmî bir hukuk da (Rudolph Sohm'un adlandırmasıyla *Amstrecht*) ortaya çıkmıştır/yeşermiştir.[40] Bu resmî hukuk ve halk hukukunun pek çok özelliği, Cermen istilacılar tarafından fethedilen topraklarda hâlihazırda etkili olan Roma hukukundan etkilenmiştir. Pek çok Roma hukuku kuralı; hukuka ya da ahlaka aykırı işlemlerin hükümsüz sayılacağı, cebir ve şiddet altında gerçekleşen satış ve bağışların geçersiz sayılacağı, temerrüde düşen borçlunun borcu faiziyle birlikte ödeyeceği gibi, muhafaza edilmiştir. Roma hukuku iktibas edilmiş, aslında vülgarize ol-

---

[39] Ibid., s. 43.

[40] Rudolph Sohm, "Fränkisches Recht und römisches Recht", *ZSS (rom)*, 1 (1880), 1.

muştur.[41] Bu noktada on dokuzuncu yüzyılın sonlarında yirminci yüzyılın başlarında Japonya ve Çin'in Batı hukukunu iktibasıyla modern bir analoji kurulabilir. Zira iktibas edilen Batı hukuku ile kimi devlet görevlilerini ve üst sınıfın ilişkileri düzenlenirken, halkın geleneksel hukuk düzeni Batı hukukundan çok da etkilenmemiştir.

Böylece Avrupa'da on birinci yüzyılın son yarısına dek halk hukukunun ana hatları kimi feodal unsurlar ile birlikte kabilesel ve yerel kalmıştır. Akrabalık bağları bir kişinin tanımlanmasında ve hukuki statüsünün korunmasında öncelikli rol oynamaya devam etmiştir.[42] Krallar, halk hukukunun yapılışında çok az inisiyatif almışlardır. Krallığın fiilen sözleşme ya da eşya hukuku ya da kira hukuku yahut da ceza ve haksız fiil hukukuna dair düzenlemeleri yoktu. Krallar, kraliyet temsilcileri aracılığıyla yerel topluluklarda bir derecede yönetim düzeni kumayı başardıklarında kral adına yönetmeleri gereken kraliyet temsilcileri ya yerel topluluklar tarafından yutuluyordu ya da kendi kendilerinin efendisi oluyorlardı. Kralların zaman zaman yürürlüğe soktukla-

---

[41] Bkz. Ernst Levy, "Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States", *Gesammelte Schriften*, I (Cologne, 1963), 201-209; Levy, "*Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages*", ibid., 220-247; Levy, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property* (Philadelphia, 1951); Levy, Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht (Weimar, 1956).

[42] Bkz. Loyn, *Anglo-Saxon England*, s. 292. "Bir akrabanın varlığı, bir adamın iyiliğinin teminatı olabilirdi ve eğer mağdur ya da maktulse öç almak çok önemliydi... Eğer birisi hapisteyse, onu akrabaları beslerdi. Eğer bir kişi, sığındığı halde ya da kuşatma esnasında ya da kırlık arazide teslim olduktan sonra düşmanları tarafından esir alınırsa, akrabalarının otuz gün içinde bilgilendirilmesi gerekirdi. Eğer hırsızlık yaparken yakalanırsa ya da cadılıkla veya kundakçılıkla suçlanırsa akrabaları ona kefil olabilirdi. Eğer akrabaları bunları reddederse o kimse, kölelikle ya da ölümle cezalandırılırdı. Eğer kölelik cezasını çektiği ilk yılda ölürse *wergeld*'ini akrabaları alırdı... Erken yaşta ölüm halinde, ölenin akrabaları varis olmanın sorumluluğunu sürdürürdü... Akrabaların gayrı-menkuller üzerinde geniş bir yetkisi bulunurdu... Ancak bütün bu toplumsal meselelerde akrabalığın önemi, kişinin hukuka saygı duymasını sağlamak, mahkemede onun masumiyeti lehine ya da iyiliği lehine yemin edebilecek kefiller sağlamaktı. Akrabalığın en dikkat çekici ve aynı zamanda en önemli boyutları birbirleri ile yakından ilişkili iki kurumla olan ilişkisiydi; *wergeld*'in ödenmesi ve kan davasının başlatılması. Birisi öldürüldüğünde, maktulün akrabalarının katilin akrabalarından öç alma hakkı vardı. Böyle bir kan davası yatıştırılabilirdi. Mızrak satın alınabilir ve *wergeld* akrabalar tarafından akrabalara ödenebilirdi. Bu kan parası idi". Loyn, İngiliz hukukunu tarif etmektedir ama bu tarif, Franklar'ın hukuku ve beşinci ya da altıncı yüzyıllar ile on ya da on birinci yüzyıllar arasındaki Avrupa halklarının hepsinin hukuku için de aynı biçimde geçerlidir.

rı yazılı yasa derlemeleri ya daha iyi anlaşılması gereken geleneklerin izahı içindi ya da geleneklerin daha sağlam yerleşmesi için çıkarılmışlardı. Bunlar modern anlamıyla yasa değillerdi, daha ziyade barışı muhafaza ve adaleti tesis etmek ve suçtan uzak durulmasını sağlamak için çıkarılan tavsiyeler niteliğindeydi. Maitland'in söylediği gibi krallar, emretmemek ve cezalandırmak zorunda kalmamak için yalvarmak ve dua etmek zorundaydı. Gerçekten de Cermen yasaları, bir kimsenin yerel mahkemelerdeki bütün yolları tükettiğinde bir karara varması için krala *gitmemesi* gerektiğini şart koşan hükümler içermekteydi.

Kuşkusuz merkezî otoritenin zayıflığının bir nedeni de ekonomik ve teknolojiktir. Her ne kadar sekizinci, dokuzuncu, onuncu yüzyıllar ile on birinci yüzyılın başlarında ticaret geliştiyse ve kentlerdeki nüfus arttıysa; tarım teknolojisi ilerlediyse ve zanaat, sanat ve öğrenme araçları geliştiyse de, ekonomi neredeyse tamamen yerel kalmış ve mevcut teknoloji merkezle çevre arasında etkili bir iletişimin kurulmasına izin vermemiştir. Bu ekonomik ve teknolojik faktörler altta yatan dinî ve politik faktörlerle ilişkilidir. Zira merkezî otorite meşruiyetini Hıristiyanlıktan almaktadır oysa Hıristiyanlığın dünya görüşü, Cermenlerin kabilesel hayat biçimleriyle, onura ve kadere duydukları inançla çatışmaktadır. Fakat aynı zamanda merkezî otorite de Hıristiyan kavram ve değerlerini hayata geçirilmesi ve toplumsal, ekonomik ve politik süreçlerin rasyonelleştirilmesi ve denetlenmesi aracı olarak hukukun bağımsız bir rolü olabileceği tahayyülünden yoksundur. Hukukun sabit unsurları baskındır. Buna karşılık dinamik unsurları güçsüzdür ve sistemleştirilmemiştir. Hukuk, bilinçli bir mantığın ya da iradenin belli bir hedefe yönelik ifadesi olarak değil, daha ziyade halkın bilinçdışının ifadesi; Fritz Kern'in sözleri ile halkın "ortak bilincinin" [43] ürünü olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda hukuk da sanat gibi, mit gibi, dil gibidir.

---

[43] Kern şöyle yazmaktadır: "(Örf ve âdet hukuku) mülga olmuş, unutulmaya terk edilmiş, huzur içinde ölmüş yasaları usul usul görmezden gelmiştir ancak hukuk, zihinlerde yaşlı bile olsa hep genç kalmıştır. Hukuk eski de değildir daha ziyade daima yeninin eskiye aşılanması; güncel hukukun yeni derelerinin bilinç-dışının yaratıcı çağlayanlarından fışkırmasıdır ve genellikle tescil edilmiş yasaların ya da sözleşmelerin sabit sınırlarıyla yönlendirilemez... Örf ve âdet hukuku; asla yok olmayan ve ana hatları neredeyse hiç değişmeyen kadim zamanlardaki ormanları andırır; sürekli olarak gençleşir ve bir yüz yıl sonra tamamen başka bir orman olur. Ancak yavaş gelişimine görünmeyen bir çürüme eşlik ederken görünüşte o aynı "eski" ağaç olarak kalır. Kern, *Kingship and Law*, s. 179.

Kefaret ve Kefaretin Halk Hukuku ile İlişkisi

On birinci yüzyıldan evvel Avrupa'da hâkim olan hukuk düzeninin doğasına dair daha derin bir kavrayış, kefaret sistemini uygulayan Batı Kilisesi'nin ya da daha doğru bir ifadeyle kiliselerinin daha yakından incelenmesiyle edinilebilir. Zira Roma Piskoposluğu'nun *primus inter pares* ("eşitler arasında birinci") olarak sahip olduğu büyük saygınlığa rağmen o ana kadar ayrı, organize ve kurumsallaşmış bir Roma Katolik Kilisesi veya hukuki bir birlik yoktu. Daha ziyade kabilesel, teritoryal ve feodal birimlere olduğu kadar krallara ve imparatorlara da bağlı tek tek piskoposlukların, yerel kiliselerin ve manastırların görünmeyen ruhani cemaatleri mevcuttu.

Kefaret sistemi manastırlarda ortaya çıkmıştır. Her bir manastır topluluğu kendi minyatür hukuk düzenine çalışma, ibadet, yönetim ve disiplin kurallarına sahiptir. Her manastır bağımsızdır ve sadece kendi bölgelerinin piskoposunun nihai denetimine tabidir. Altıncı yüzyıldan başlayarak önde gelen başkeşişler çeşitli günahlar için belirledikleri kefaret kurallarını "nedamet defterleri" denilen derlemelerde yazmışlardır.[44] Önce çeşitli suiistimal biçimleri için çeşitli istiğfar ya da yaptırımlar belirlenmiş; zaman içinde fizikî yaptırımlar daha da çeşitlenmiş ve fizikî olmayan yaptırımlar da eklenmiştir. Mutat istiğfar biçimi belirli zamanlarda oruç tutmaktır; buna zamanla sadaka verme, sıkı çalışma ve kurbanlarının zararının tazmin edilmesi de eklenmiştir. Böylece Hıristiyan manastır sistemi, öç almaktansa ruhun kurtuluşunu daha fazla önemseyen kendi usulünü, çatışmaları çözme ve cezalandırmada toplulukların eski yöntemlerini itibarsızlaştırmadan geliştirmiştir.

Kısa sürede nedamet defterleri sadece keşişlerin uyacağı kuralları değil her bir Hıristiyan'ın uyması hereken kuralları belirlemek için yazılmaya başlamıştır. On birinci yüzyılın başlarında

---

[44] İngilizcede, kefaret üzerine görece küçük olmakla birlikte dikkate değer literatür mevcuttur. Bkz. John T. McNeill and Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selection from Related Documents* (New York, 1938); Thomas P. Oakley, *English Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence* (New York, 1923); John T. McNeill, *The Celtic Penitentials and Their Influence on Continential Christianity* (Paris, 1923). Ayrıca *Medieval Handbooks*'un Giriş bölümünde McNeill tarafından yazılan pek çok makaleye atıf yapılmıştır. Kefaret defterlerinin altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla dek manastır hareketindeki rolü Lehane'in *Quest of Three Abbots* adlı eserinde canlı bir biçimde tasvir edilmiştir.

batı halklarının ruhban sınıfı arasında dolaşımda olan çok sayıda nedamet defteri mevcuttur. Bu defterler (tıpkı manastır hareketinin kendisi gibi) İrlanda, Galler ve İskoçya'dan Anglo-Sakson ve Frank krallıklarına, İspanya'ya, Lombardiya'ya hatta Roma'ya ve İskandinavya'ya yayılmıştır. Bu defterler, kimi din adamları tarafından, bağlayıcı olmaktan ziyade günahlarını itiraf edenlere nasıl davranılacağı konusunda rehberlik etmesi amacıyla bir araya getirilen, resmî olmayan derlemelerdir. Bu nedenle de farklı coğrafyalarda ve farklı yüzyıllarda farklı özellikler taşımaktadırlar.

Batılı nedamet defterlerinin en erken kaynakları Hıristiyanlığın ilk yüzyıllarında, Kilise'nin hem Batı'da hem de Doğu'daki menfur suçlara yönelik (ruhani) yaptırımlarında bulunabilir. Hıristiyanlığın erken yıllarında, bütün tövbekârların (günahkârların) yılın belli zaman veya zamanlarında, ayrıntılı dinî bir törende, onları günahlarının ağırlığına göre oruç tutmaktan başka mahrumiyetlere uzanan yaptırımlarla cezalandıran piskoposun huzuruna çıkmaları gerekiyordu. Örneğin dördüncü yüzyılda Büyük Basil'in Kanonik belgelerinde, tecavüz, zina, ikinci evlilik, ensest gibi cinsel ya da evlilik içi suçlar için; büyü, putperestlik ve mezarlara yönelik saldırı gibi dinî suçlar için ve sonrasında cinayet, hırsızlık, yalancı şahitlik, çocuk düşürme ve yeni doğanı öldürme gibi daha seküler sayılan suçlar için öngörülen yaptırımlar sıralanmıştı. Kefaret ayini, Tanrı'yı memnun etmeli ve komşularla sürekli bir barışı tesis etmeliydi. Dolayısıyla, nasıl hayat boyunca tek bir vaftiz söz konusu ise, yalnızca tek bir kefaret ayini söz konusu olabilirdi; sadece bir kere yapılabileceği için genellikle ömrün sonuna dek ertelenebilirdi.[45]

Batı'da, kamuya açık kefaret törenleri beşinci yüzyıldan sonra süreklilik arz etmemiştir. Kelt etkisiyle bunların yerini, büyük oranda iradi olarak bir rahibe gizli günah çıkarma ve kefaretin gizlice yerine getirilmesine dayanan mahrem uygulamalar almıştır. Batılı nedamet defterlerinde yer alan suçlar, büyük ölçüde Doğu'dan devşirilmiş ancak yeni suç tipleri eklenmiştir. "Seküler" suçlar da günahtır, aslında "suç" ve "günah" kelimeleri sıklıkla birbirinin yerine kullanılmıştır. Günahlara göre kefaret biçimleri de kendi aralarında sıklıkla "başlıca suçlar" diye anılan büyük günahlar (*capitalia crimina*) ve küçük günahlar (*peccata mi-*

---

[45] Bkz. Bernhard Poschmann, *Penance and Anointing of the Sick*, trans. Francis Courtney, S.J. (New York, 1964), s. 104.

nora) olmak üzere ayrılmıştır. Başlıca, büyük ya da önemli suçlar eyleme göre değil daha ziyade suça neden olan güdülere ve ruh haline göre tanımlanmıştır ve bunlar genellikle yedi tanedir; gurur, kıskançlık, iffetsizlik, öfke, karamsarlık (*accidia*, kimi zamansa *trisititia seculi* olarak adlandırılan "dünyanın kederi"), açgözlülük ve hasislik.[46] Belirli bir suç halinde, diyelim ki cinayet, ceza failin eylemde bulunurken içinde bulunduğu ruh haline ve diğer koşullara bakılarak belirlenirdi. Rahip tarafından belirlenen yaptırım, nedamet defterlerinin rehberliğinde tamamen rahibin takdir yetkisine bırakılmıştır.

Nedamet defterlerinde yargılama usulü öngörülmemiştir ancak zaman içinde rahiplerin başvuracakları sorgulama yollarını göstermeye başlamışlardır. Usul günah çıkarmaya dayanır. Kefaret de ancak bir rahibe çıkarılan günahlara uygulanabilirdi. Tipik olarak günah çıkarma resmî değildi ve mahremdi, rahipler de dinen onları ifşa etmeme yükümlülüğü altındaydı. Öte yandan kimi kefaretlerin (özellikle bu bağlamda dokuzuncu ve onuncu yüzyılda Kelt geleneğine karşı olan Frank uygulamasında) mahut suçlar için kamusal kefaret uygulanmaya devam etmiştir.[47] Ancak ister kamusal olsun ister mahrem olsun kefaret sistemi, nihayetinde saldırganın rızası ile itiraf etmesine ve kefareti yerine getirmesine ve hiç kuşkusuz cemaatin saldırganı bu rızayı göstermeye zorlayacak olan sosyal baskısına dayanıyordu.

Her ne kadar nedamet defterleri belirli bir günah için kaç gün, ay ya da yıl oruç tutulacağını belirlemişlerse de çok sayıda alternatif kefaret biçimini de öngörmüştür. Alternatif kefaretlere dua ve (gece boyu) uyanık kalma, mezmurların okunması ve hac

---

[46] Ibid., s. 64. Bkz. the Penitential of Cummean (ca. 650), in McNeill and Gamer, *Medieval Handbooks*, s. 98.

[47] Bugünkü Almanya'nın Hıristiyan olmasında önemli rol oynayan Anglo-Sakson keşiş Boniface, mahrem kefaret üzerindeki Kelt vurgusuna karşı çıkmıştır. Charlemagne'ın 813'teki kilise meclisli kararnamelerinden birisi "kamusal günaha karşılık kamusal günah çıkarma" talebini içermektedir. 847'deki Mainz Konsülü de kamuyu ilgilendiren suçlarda kefaretin de kamusal olması gerektiğini hükme bağlamıştır ancak McNeill *Celtic Penitentials* (s. 173) adlı eserinde bu hükümlerin düzenli olarak uygulanmadığına işaret etmektedir. Yine de kamusal kefaretin, en azından tümüyle gönüllü bir mesele olarak, uygulanmasına devam edilmiştir. Nitekim onuncu yüzyıla ait bir Frank kefaret defterinde şöyle denmektedir: "Büyük Perhiz'in (Paskalya Perhizi) başlangıcında kefaretlerini kamuya açık çekenler yahut henüz çekmiş olanlar kilise kapısının önünde bakışları yerde, ayakları çıplak ve bir çula sarınmış olarak piskoposun huzuruna çıkmalıdır". Bkz. *Regino's Ecclesiastical Discipline Canon* 295, McNeill and Gamer, *Medieval Handbooks* içinde, s. 315.

yolculuğu da dâhildir. Dahası kurbanların zararlarını tazmin etme ve akrabalarına yardım da kefaret biçimleri arasındadır; örneğin fizikî saldırı durumunda saldırganın kurbanın tedavi masraflarını ödemesi, işini yapması ya da tazminat ödemesi gerekebilir. Çalınan yahut hileyle elde edilen ya da alıkonan malın sahibine iade edilmesi gerekmektedir.[48] Ayrıca kefaret uygulamasının en erken zamanlarından itibaren zorunlu hallerde bir kefaretin diğerine ikame edilmesine izin verilmiştir. Örneğin bir kişi oruç tutamayacak kadar hasta ise oruç tutmak yerine belirli sayıda mezmur okuyabilirdi. Nihayetinde kefaretin, halk hukukunun âdetlerine göre (cezanın değiştirilmesi ya da hafifletilmesi suretiyle) mâli olarak ödenmesi, hatta istisnai durumlar da bu ödemenin akrabalar tarafından yapılması da kabul edilmiştir. Bu durum, Aşai Rabbani ayinlerinde rahiplerin günahkârın vekili olarak onun adına terennüm etmesi de dâhil olmak üzere, temsilen kefarete yol açmıştır. Oruç ve dua gibi uzun cezaların hafifletilmesi kimi zaman, suda ya da hücrede veya bir mezarda bir ölüyle uyumak yahut ayakta kollar çarmıha gerilmiş gibi durarak bir mezmuru yedi kez okumak ("dürüst haç nöbeti" olarak adlandırılmıştır) gibi tuhaf biçimler almıştır.

Kanon hukukunun modern tarihçileri, böylesi aygıtların tövbe ve fazileti "suni bir formalite"ye indirgediğini ileri sürmüştür. Ancak şunun farkında olmak önemlidir; kefaret sistemi, daha sonra kazandığı önemi Cermenik dönemde aynı ölçüde taşımamıştır. Bir kere, saldırılara karşı mâli ödeme ve toplu halde telafi, Cermen hukukunun merkezî özelliği olarak kalmıştır. İkincisi ise, kefaret düzenindeki kurallar ve usuller on birinci yüzyılın sonlarından evvel bilimsel bir sistem haline gelmemiştir. Kutsal komünyon töreninden önce mutlak günah çıkarma görevi yerleşmemiştir, esasında genel olarak törenler hukukileştirilmemiştir. Kefaret sistemi, piskoposluklar, manastırlar ve hatta küçük papazlıklar arasında yöntemlerin ve düsturun çeşitlenebileceği hayli geniş bir alan bırakmıştır. Bütün bunların ötesinde, Tanrı adına tövbekârı günahının sonuçlarından bağışlama iktidarı rahibin elinde değildi. Tövbekârın günahlarını sadece Tanrı, Aziz

[48] Bkz. Oakley, *Penitential Discipline*, s. 169. Cinayet söz konusu olduğunda kefaretin bilinen uygulamalarına ek olarak saldırganın maktulün anne ve babasına hizmet etmeli ve arkadaşlarını da tatmin etmesi (muhtemelen burada *wergeld*'e atıf vardır) gerekmektedir.

Peter ya da diğer azizlerden birisi bağışlayabilirdi, rahip sadece dua edebilirdi. Ancak post Cermenik dönemde, yani on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda kilise kendisini hukuki varlık olarak kurduktan, kilisenin temsilci olması kavramı geliştikten ve törenler hukukileştikten sonra rahipler *"Ego absolve te"* [Ben bağışlıyorum] diyebilmeye başlamıştır.[49]

Nedamet defterlerinin ana fikri kefaretin ruhun ilacı olduğudur. Bu nedenle İ.S. 1010'da Worm Piskoposu Burchard'ın Nedamet Defteri [*Penitential of Burchard*] şu sözlerle açılmaktadır: "Bu kitap hem 'Musahhis' hem de 'Tabip'tir, zira bedenler için sayısız sağaltıcı ve ruhlar için de ilaçlar içermektedir. Bu kitap, eğitimsizler de dâhil olmak üzere her din adamına, papaz olarak atanmış olanlara ve olmayanlara; zengin ve fakirlere; çocuk, genç ve erişkin erkeklere; zayıf, sakat ve sağlıklılara; her yaştaki ve her iki cinsteki insanlara nasıl yardım edebileceklerini öğretmektedir".[50] Tedavi fikri cezalandırma düşüncesinin yerini almıştır; tedavi de bu dünyada ve öte dünyada Tanrı ile doğru bir ilişkinin kurulması olarak tasavvur edilmiştir. Nihai ceza; kilisenin törenlerine (komünyon, düğün, cenaze ve diğerleri de dâhil) katılma hakkından mahrumiyet anlamına gelen aforoz edilmektir. Bu, günahkârın Tanrı ve kilise ile olan ilişkisinin, günahkâr kişi, imanı ve yaptıkları ile yeniden kabulünü sağlayana kadar -geçici olarak- kesilmesini ifade etmektedir. Bu aşırı bir cezalandırmadır zira sadece aforoz edilen değil ona destek olanlar da dışlandığı için sürgün edilmekle benzer sonuçlara yol açmaktadır. Esas itibarıyla kefaretler daha az görünür yaptırımlardı. Dönemin tıbbi anlayışından devşirilmiş genel bir teori vardı "her şey zıddıyla tedavi edilir". Bir tabibin görevi, sıcak olanı soğutmak, soğuk olanı ısıtmak, nemli olanı kurutmak ve kuru olanı nemlendirmekti.[51] Bunun yansıması Columban'ın Nedamet Defterinde [*Penitential of Columban*] görülebilir "geveze bir insanın cezası onu

---

[49] Karş. McNeill, *Celtic Penitentials,* s. 185. Daha eski bir formül istek kipinde yer almaktadır; *"Ipse te absolvat"* ya da *"Absolvat te sanctus Petrus et beatus Michael archangelus"* On üçüncü yüzyılın ilk yarısında tespit edici formüller yaygındı, *"Ego absolvo te auctoritate domini Dei nostri Jesu Christi et beati Petri Apostoli et officii nostri"*.

[50] Bkz. McNeill and Gamer, *Medieval Handbooks,* s. 323. "Ruhların ilacı" deyimi daha eskiye dayanmaktadır. Nitekim Penitential of Cummean şu sözcüklerle başlamaktadır: "Burada ruhları sağaltan ilacın Giriş bölümü başlamaktadır" (ibid, s. 99).

[51] Bu, dönemin en büyük tıp otoritesi olan Tralles'li Alexander'ın (Alexandros Trallianos) deyimiydi. Ibid., s. 44.

susturmak; kaba insanınki nezakete davet; pisboğaz bir insanınki oruç; uyuşuk bir insanın cezası ise teyakkuzdur".[52] Kan dökülmesi normal olarak silahların bırakılmasını gerektirir; sadakatsizlik ise evlilik ilişkisinden uzak durmayı.

Yine de saldırgana göre çeşitli yaptırım biçimlerine ve yaptırımların ikame edilmelerine izin verilmiştir. Bede'nin Nedamet Defteri'nin önsözünde belirttiği gibi:

> Zengin ve fakir; özgür bir adam ve bir köle; küçük bir çocuk, ergen, genç bir adam ve yaşlı bir adam; aptal ve akıllı; ruhban sınıfından olan ve olmayan ve bir keşiş; piskopos, papaz, papaz yardımcısı, diyakoz yardımcısı, okuyucu, atanmış ve atanmamış; evli ve bekâr; hacı, bakire, yeminsiz bir rahibe ve rahibe; zayıf, hasta ve sağlıklı... Aynı günahı işleseler de hiçbir surette aynı terazide tartılamazlar; aralarında bir ayrım yapılmalıdır. Günahların niteliğine ya da günahkârın kimliğine göre bir ayrım yapılmalıdır. Mutedil birisi mi yoksa kendisine hâkim olamayan birisi mi, kasti mi davranmış olay kaza ile mi gerçekleşmiş; (günah işlenmişse) gizlice mi alenen mi işlenmiş; (mücrim) pişman mı ve ne ölçüde değişmiş, isteyerek mi yoksa zorunda olduğu için mi; saldırı nerede ne zaman gerçekleşmiş?[53]

"Böylece" der Piskopos Mortimer, "kanon (kilise) hukuku içinde vicdan muhasebesi ve ahlak teolojisi kendi yollarını bulmuştur".[54]

Kefaret hukuku, nedamet defterlerinde kodifiye edilmiştir ve Hıristiyanlık öncesi dönemden beri gelişmekte olan halk hukuku ile aralarında pek çok bakımdan karşıtlıklar mevcuttur. Halk hukukunun temel meselesi kan davasının kontrol altına alınması iken; kefaret hukukunun temel meselesi ruhların kurtuluşudur. Halk hukuku, yaptırımlarını zararın büyüklüğüne göre belirlerken; kilisenin kefaret hukuku yaptırımlarını saldırının niteliğine ve derecesine göre belirlemiştir. Halk hukuku esas itibarıyla onur ve kader kavramlarına dayanırken; kilisenin kefaret hukuku esas itibarıyla tövbe ve bağışlama kavramlarına dayanmaktadır. Halk hukuku, öncelikle kabileler, yerel topluluklar ve lordluklar arası çatışmaları baskı altında tutmaya ve önlemeye yöne-

---

[52] *Penitential of Columban* (ca. 600), A. 12, ibid., s. 251.

[53] Ibid., s. 223.

[54] Robert C. Mortimer, *Western Canon Law* (London, 1953), s. 28.

likken; kilisenin kefaret hukuku inançlı cemaatin ruhani mutluluğunu koruma ve her birinin ruhunu sonsuz hayata hazırlamaya yönelmiştir.

Yine de kefaret hukuku ve halk hukuku, aralarındaki bu karşıtlıklara rağmen aynı kültüre aittir. Bütün büyük "seküler" suçlar -cinayet, soygun ve benzeri- aynı zamanda kefareti ödenerek telafi edilmesi gereken günahlardır. "Dinle ilişkili" her türlü saldırı -cinsel ve evliliğe ilişkin günahlar, cadılık ve büyücülük, keşişlerin yeminlerini bozmaları ve benzerleri- aynı zamanda halk hukuku tarafından yasaklanmış suçlardı ve seküler yaptırımlara tabi idiler. Gerçekte ise ceza hukukunu uygulayan "seküler" otoriteler büyük ölçüde ruhban sınıfına dâhildi. Batı tarihinin bu döneminde hiç kimse dünyevi ve ruhani hukukun ya da seküler hukuk ile kilise hukukunun ayrılmasından söz edemezdi. Tabiri caizse, halk hukuku da kefaret hukuku da aynı zemini kaplıyordu. Kuşkusuz her ikisi de o zemini farklı biçimlerde kaplıyordu. Altıncı yüzyıldan on birinci yüzyılın başlarına dek dönem eserleri bir yandan "dünyevi hukuk" ya da "beşerî hukuk" diğer yandan ise "Tanrı'nın hukuku" olmak üzere iki yola atıfta bulunuyordu. Ancak bugün adına devlet ve kilise denilen iki kurum da özünde hukukun her türü ile aynı ölçüde ilgili idi. Bunun iyi bir örneği Anglo-Sakson Kral Ethelred'in yasa hükümlerinde bulunabilir. "Bundan böyle her kim ki Tanrı'nın yasalarını ya da insanların yasalarını çiğnerse, bedelini ödeyecektir... dinî kefaret aracılığıyla olduğu kadar dünyevi cezalar ile de".[55] Böylece kefaret hukukunun kuralları kral tarafından yürürlüğe sokulmuş ve bizzat onun tarafından hem Tanrı'nın yasalarının hem de beşerî yasaların ihlal edilmesi halinde uygulanacakları ilan edilmiştir. Bir başka örnek de Charlemagne tarafından yerel yönetimleri teftişe gönderilen Hükümet Temsilcisinin (*Misi Dominici*) konuşmasında bulunabilir. "Biz buraya Efendimiz ve Hükümdarımız Charles tarafından, sizin sonsuz kurtuluşunuz için gönderildik ve erdemli bir biçimde Tanrı'nın ve doğrulukla da bu dünyanın hukukuna uygun olarak yaşamanız için size uyarıda bulunuyoruz".[56] Frank ve Anglo-Sakson kralları, sıklıkla beşerî hukuku ihlal edenlerin dinî kefaret ödemelerini gerektiren yasalar çıkarmıştır.

---

[55] VI Aetheldred 50, Robertson, *Laws of the Kings* içinde, s. 104.
[56] Bkz. Dawson, *Making of Europe*, s. 190.

Sadece uygulamaya zorlama bakımından zayıf olan halk hukuku, kendi kutsallığını devam ettirebilmek, özellikle de dayandığı temel olan yeminlerin kutsiyetini sürdürülebilmek için kefaret hukukuna ihtiyaç duymuştur. Bunun da ötesinde kefaret hukuku, halk hukukunun uzlaşma sonucu sağlanan anlaşma üzerindeki vurgusunu pekiştirmiş ve "güven-güvensizlik sendromu"ndaki güven kısmını güçlü bir biçimde teşvik etmiştir. Tövbeler tıpkı kefaret sözcüğü gibi Cermen kavramı olan tazminat (Anglo-Sakson, *bot*) ile uyumludur. *Bot,* zarara karşılık Tanrı'ya ödenirdi, bu nedenle kimi zaman Anglo-Sakson kefaretleri Tanrı ile birlikte söylenirdi *God-bot* ya da sadece *bot* denirdi. Fiil hali *gebete,* "pişmanlık duymak", "cezasını çekmek", "kefaretini ödemek" "telafi etmek" anlamına gelirdi. *Bot* Tanrı'ya karşı işlenen günahlar için rahipler tarafından uygulanırdı ve eski haline getirme olduğu kadar kefaretini ödeme ve cezasını çekme unsurlarını da içermektedir. Böylece kurbana ya da akrabalarına yapılan makul bir *bot* teklifi kurbanın ya da akrabalarının saygı duymaları gereken bir uzlaşma teklifidir. Dahası bu teklif günahkârın yapması ve kurbanın ve akrabalarının kabul etmesi gereken bir tekliftir -halk hukukuna göre değil fakat ilahi hukuka göre! Halk hukukundaki *bot*'un, kefaret hukukundaki *bot*'tan alınan telafi etme ve uzlaşma kavramları ile birlikte yaygınlaşması şaşırtıcı değildir. On ikinci yüzyılın ikinci yarısı kadar geç bir dönemde, Birinci Henry'nin Yasaları (*Leges Henrici Primi*) adlı el kitabında defalarca, İngiliz hukukunun dostane çözümü dava açılmasına tercih ettiği vurgulanmıştır; sevgi (*amor*) ve dostluk (*amicitia*) yargıya (*judicium*) tercih edilir. O dönem öyle bir dönemdi ki, halk hukukunun eski sistemi hukukiliğin yeni kavramları ile zorlanmaktaydı. İngiliz Kralı'nın mahkemesinde görevli rahiplerden birisi olması muhtemel olan bilinmeyen bir yazar, nedamet defterlerinin geleneğini takip ederek şöyle demektedir: "Bütün sorunlar ... tercihen dostça bir anlaşma (*pax*) ile çözülür". "Kendilerini bir ihtilaf nedeniyle bölge mahkemesinde bulanlar ya dostça bir anlaşmaya (*amor*) varır ya da mahkemenin onların arasında bir anlaşma sağlamasına izin verir". "Ancak uzlaşma yemini (*juramentum pacationis*) talep edilirse, saldırgan yemin eder... davacı aynı durumda ise ... tazminat teklifini kabul eder ya da zararının telafisinden feragat eder". "Eğer birisi bir başkasına verdiği zararı tazmin ederse ... ve ardından dostça anlaşmayı (*amicitia*) yerine getirmek amacıyla uzlaşma yemininin (*pa-*

cis) yanı sıra bir şey daha sunar, teklifi yaptığı kişiye her şeyi iade eder ve kendisine yönelik her türlü tahkir önerisinden geri durursa bu övgüye değerdir". "Taraflardan herhangi birinin seçme hakkının olduğu yerde ... barışçıl bir anlaşma ... bizatihi bir yargı kararı (*judicium*) gibi bağlayıcı olacaktır". "Komşular arası ihtilaflarda ... taraflar topraklarının sınırındaki mahkemede karşılaşır ve şikâyette ilk bulunan adalete ilk erişendir. Eğer ihtilaf başka bir yerde vuku bulmuşsa, taraflar lordlarının mahkemesine başvurur... lordun mahkemesinde ya taraflar arasında dostça bir anlaşma onları bir araya getirir (*eos amicitia congreget*) ya da aralarına resmî bir hüküm girer (*sequestret judicium*); eğer durum başka bir hal alırsa, taraflar ihtiyaç halinde Yüzler Mahkemesine (*Hundred Court*) giderler". "Bir kimse istemeden bir suç işlerse, hukukun üstünlüğü gereği, verdiği zararı bilinçli olarak tazmin eder. Yine de fail, öldürdüğü adamın akrabalarının elinde daha fazla merhamet ve şefkat gördükçe biz de insan ırkının zalim bir kaderin sertliği, melankoli ve bütün bunların sefil kederi nedeniyle nasıl hasta yetiştiğimizi daha fazla anlayacağız".[57]

Birinci Henry'nin Yasaları'ndan (*Leges Henrici Primi*) bir yüz yıl önce Ethelred'in yasalarında şöyle demektedir: "Bir asilzadenin iki seçeneği sevgi ya da yasa olduğunda" -yani uzlaşma veya yargı hükmü- "ve (o asilzade) sevgiyi seçerse, seçimi mahkeme hükmü kadar bağlayıcıdır".[58] Doris M. Stenton, daha sonra *Leges Henrici Primi'de* Latince belirecek olan bu ifadenin önemli olduğunu söylemektedir; çünkü esasında bir yargı kararı "muhtemelen taraflardan birisini tatmin etmez ve zihninde soruna yol açar". Onuncu ve on birinci yüzyılların Anglo-Sakson dava kayıtlarından yola çıkan Stenton şu hususa işaret etmektedir: "Dava dilekçelerinde tümüyle başarılı olan tarafın, nihayetinde sıklıkla ihtilaf konusu olan arazinin mülkiyetini ömür boyu karşı tarafa bırakan bir uzlaşmaya varmak zorunda kalması hayli dikkat çekicidir".[59] O dönemin Franklar ve diğer Avrupalıların davalarına ilişkin raporlar Stenton'ın yazdıklarını teyit etmektedir. Stephen White'ın belirttiği üzere, onuncu ve on birinci yüzyıllarda hem İngiltere'deki hem de Kara Avrupasındaki ihtilaflar, sık-

---

[57] *Leges Henrici Primi*, ed., and trans. L. Downer (Oxford, 1972), ss. 81, 101, 143, 173, 177, 271.

[58] Aktaran Doris M. Stenton, *English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066-1215* (Philadelphia, 1964), s. 7.

[59] Ibid., s. 8.

lıkla, hediyelerin değişimi ile sembolize edilen resmî uzlaşmalar ile sonuçlanırdı; bu hediyeler açıkça dostluğun ve karşılıklı güvenin nişanıydılar. White, bu resmî anlaşmaların çoğunlukla iyi arabuluculuk kurumları aracılığıyla gerçekleştirildiğini; bu kurumlara bazen "dostlar ve komşular" olarak atıfta bulunulduğunu belirtmektedir.[60]

Yine de altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla kadar olan dönemde, nedamet defterlerinin ya da kilisenin kefaret hukukunun, halk hukuku üzerindeki etkisi abartılmamalıdır. Kuşkusuz Hıristiyanlığın ilahi hukuk-dünyevi hukuk ayrımı; özellikle Max Gluckman'ın çağın ilkel toplumlarına atıfla "kan davasındaki barış"[61] dediği, dünyevi hukuku yumuşatmaya yönelik kimi eğilimleri cesaretlendirmiş ve desteklemiştir. Ancak o yüzyıllarda Hıristiyanlık, Cermen halk hukukunun temel yapısını değiştirmemiştir. Kilise bir kurum olarak -manastırların haricinde- tümüyle Cermen toplumuna entegre olsaydı bile değiştiremezdi. Zira soyut olarak bakıldığında bile görülecektir ki, Hıristiyan dünya tasavvuru ile Cermen dünya tasavvuru arasındaki çatışma akıl almaz ölçüde keskindi: *caritas* (sevgi) onura; merhamet kadere; barışçıl ve uyumlu bir doğal düzen şeytani güçlerin hüküm sürdüğü bir doğal düzene; sonsuz kurtuluş akrabalık ve krallıkla ilişkili geçici kutsal değerlere karşıydı. Ancak dünya tasavvurlarındaki bu çatışma toplumsal hayata taşınmamıştı. O dönemde Hıristiyanlık, diğer toplumsal kurumlara nazaran çoğunlukla daha pasif bir tutum sergilemiştir. Hatta Charlemagne'ın kralın "Hıristiyan imparatorluğunun" yöneticisi olduğuna dair anlayışının yerleşmesinden sonra bile, pagan toplumsal kurumları hüküm sürmeye devam etmiştir. Krallık diye yazar Wallace-Hadrill "Kilise adamları tarafından tanımlanan görevleri ve yetkileri olan bir makama dönüşmüştür. Şimdi krallığa Cermen değil de Hıristiyan mı diyeceğiz? Bence krallık hâlâ Cermen; savaş hâlâ Batı toplumunda öncelikli bir yer tutuyor; savaş hâlâ hayatta kalma ve genişleme aracı olduğu kadar hayat biçimi".[62] Benzer biçimde ceza hukuku, eşya hukuku, hatta medeni hukuk söz konusu olduğunda akrabalık bağları hüküm sürmeye devam

---

[60] Stephen D. White, "Pactum...legem vincit et amor judicium", The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France", *American Journal of Legal History, 22*(1978) içinde, 301-302.

[61] Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa* (Oxford, 1955), ss. 1, 5.

[62] Wallace-Hadrill, *Early German Kingship,* s. 151.

ediyor ve nihayetinde kan davası ve uzlaşma ile pekiştiriliyor. Kilise evliliğin eşlerin rızasına dayanması gerektiğini telkin etse de pek çok aile çocuklarını daha küçükken evlendirmeye devam etmiştir. Kilise doğanın kutsallığı anlayışını kaldırmış ve büyü yapmayı ve batıl inancı günah ilan etmiştir. Ancak Cermenler, şeytanlara; kayaların ve ağaçların gücüne inanmaya devam etmiş, büyü yapmayı ve batıl inançlarını sürdürmüşlerdir. Nihayetinde Kilise pek çok pagan batıl inancını -özellikle hukuktakileri- asimile etmiş ve onlara Hıristiyan formülleri ve ritüelleri ile giydirmiştir.

1100 ve 1150 yılları açısından bakıldığında, 1000 yılındaki Batı ve Doğu Avrupa halklarının hukuku oldukça ilkel görünmektedir. 1000 yılında profesyonel bir hukuk bilimi yoktu. Kilise, kraliyet, ticaret mahkemeleri ya da diğer mahkemelerde avukat, danışman ya da hâkim olarak görev yapmak üzere yetiştirilmiş bir hukukçular sınıfı da yoktu. Hukuk kitapları ve onları parlatacak hukuk profesörleri de yoktu. Farklı ve çatışan gelenekleri ya da yasa hükümlerini uzlaştıracak bir kurallar bütünü olarak "hukuk" mefhumu; *corpus iuris* olmadığı gibi teoloji ve felsefeden ayrı bir hukuk kavramı da yoktu; gerçekte teoloji ve felsefe de ayrı bilimsel disiplinler olarak görülmüyordu.

Dahası, on ikinci yüzyıldan bakıldığında, 1000 yılındaki Batı ve Doğu Avrupa halklarının yasama ve yargılama kurumları pek gelişmemişti. Her ne kadar krallar nadiren yasa yapsalar da bunlar ya öteden beri mevcut geleneklerin yeniden onaylanması ya da gözden geçirilerek yeniden çıkarılmasıydı. Papaların, metropolitanların ve piskoposların yasa yapma iktidarı da büyük ölçüde Kitab-ı Mukaddes'te mevcut ya da kilise babaları ve danışma kurulları tarafından konulmuş kuralların bir sebeple yeniden onaylanması ya da gözden geçirilerek yeniden çıkarılmasıyla sınırlıydı. Kraliyet yahut kilise otoritelerinin düzenli biçimde emredici bir hukuk yaratıp geliştirme gibi bir görevlerinin olduğu düşüncesi de bulunmamaktaydı. Dönemin sözde yasa kitapları ister dünyevi ister ilahi yasalar olsun belirli geleneklerin veya kuralların tamamlanmamış; kavram ve ilkelere dair tanım içermeyen; kısa derlemelerdi. Yargıya gelince profesyonel hâkimlerin yer aldığı profesyonel mahkemeler olmadığı gibi, davaların sistemli genel kurallarla karara bağlanması gerektiği düşüncesi de bulunmamaktaydı. Kuşkusuz, suçları cezalandırmak, zararın tazmin edilmesini, anlaşmaların uygulanmasını ve ölüm halinde

mirasın dağıtılmasını sağlamak ve adaletle ilgili başka sorunları çözebilmek için oluşturulmuş kurallar ve usuller bulunuyordu. Her Avrupa halkı kendi karmaşık *hukuk düzenine* sahipti. Ancak hiçbirisi bilinçli olarak diğer toplumsal kurumlardan açıkça ayrılmış eklemli ve sistematik hukuki kurumlara ve sadece bu kurumlarda görev almak için yetiştirilmiş insanların varlığı anlamında *hukuk sistemine* sahip değildi.

Erken dönem Avrupa halk hukuku sadece biçimi açısından değil, içeriği bakımından da on birinci ve on ikinci yüzyıllarda gelişen Batı hukuk geleneğinin ilkelerine göre ilkel görünmektedir. Gerçekten de erken Avrupa halk hukuku daha sonra gelen hukukçular tarafından açıkça barbar olarak yaftalanmıştır. On ikinci yüzyıl ve sonrasında nihayet "sihirsel-mekanik" işkence, yemin beyanı ve düelloya dayalı kanıt bulma yöntemlerinin kaldırılacağı ilan edilmiş ve değiştirilmiştir. Akrabalık sorumluluğu ve kendiliğinden uygulanan yerel ve feodal gelenekler maddi ve usuli bir hukukun daha "rasyonel" ilkeleri karşısında dayanamamıştır. Kilise'nin altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla dek nedamet defterlerinde yer alan kefaret hukuku, on birinci ve on ikinci yüzyılın *Kanon* hukukçularına ilkel görünmüş ve bunları geniş kapsamlı değişikliklere tabi tutmuşlardır.

Yine de farklı ve daha geniş bir bakış açısı kabul edilecekse - daha sonra gelişen Batı hukuk geleneği açısından değil, fakat Batılı olmayan kültürlerin hukuki kavram ve kurumlarının perspektifinden- erken halk hukukunun olumlu özellikleri olumsuz özelliklerinden daha dikkat çekicidir.

Batılı olmayan pek çok kültürde olduğu gibi altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla dek Avrupa halklarının temel hukuku yukarıdan koyulan kurallar bütünü olmaktan ziyade, toplumun ortak bilincinin ayrılmaz bir parçası, "ortak vicdan"ıdır. Halklar, kendi halk meclislerinde yasa yapmış ve yargılamışlardır. Krallar kendi otoritelerinin hukukun üstünde olduğunu ileri sürdüklerinde bu esas olarak geleneğe ve halkın bilincine rehberlik etmek için olmuştur, hukuku yeni baştan yaratmak için değil. *Hukuk*, akrabalık bağları, lordluklar ve teritoryal topluluklardır. Eğer bu bağlar ihlal edilirse, ilk tepki öç almaktı; öç almanın da maddi yaptırımlara ve uzlaşmaya ilerlemesi beklenirdi, genellikle de öyle olurdu. Yargı sıklıkla uzlaşma sürecine giden bir basamaktı. Böylece barış bir kere bozulursa, nihayetinde diplomasi ile yeniden kurulurdu. Çatışan grupların uzlaşması sorunu doğru ve yanlışın ne

olduğu sorununun ötesindeydi. Aynısı pek çok sözde ilkel Afrika, Asya ve Güney Amerika toplumu için olduğu kadar hem geçmişteki hem de günümüzdeki eski uygarlıklar için de söylenebilir.

Hukukun profesyonelleşmesinden ve sistematikleşmesinden evvel insanların yaklaşımları, inançları, bilinçdışı fikirleri ve mitik düşünme süreçlerine daha fazla alan kalıyordu. Bu ağırlıklı olarak ritüel ve sembole bağlı olan ve bu bağlamda hayli teknik olan hukuki usullere yol açmıştı ancak aynı sebeple maddi hukuk esnekti; teknik değildi. Haklar ve görevler, hukuk kitaplarında yazılanlara mecbur değildi, daha ziyade topluluk değerlerinin yansıması, Fritz Kern'in sözleriyle "bilinçaltının kaynaklarından yaratıcı bir şekilde" fışkıran yaşayan bir hukuktur. Kern, Avrupa tarihinin bu erken dönem örf ve âdet hukukunun "müphem, karışık, kullanışsız, teknik olarak hantal" fakat aynı zamanda "yaratıcı, ulvi ve insani ihtiyaçlara uygun" olduğunun farkındadır.[63] Bu niteleme yazılı bir kültürü olmayan pek çok çağdaş Afrika, Asya ve Güney Amerika topluluğunun olduğu kadar Japonya, Çin ve Hindistan'ın karmaşık, yazılı kültüre dayalı, eski uygarlıklarının hukuki kavram ve süreçleri için de geçerlidir.

Böylece Cermen halk hukukunun Batılı gözlere zayıflık olarak görünen pek çok niteliği Batılı olmayan gözlere güçlü özellikler olarak görünebilir. Hukuk reformu hareketlerinin, sofistike bir hukuk aygıtının, güçlü merkezî bir yasama organının, güçlü merkezî bir yargı organının, dinî duygu ve inançlardan bağımsız hukuk gövdesinin ve sistematik bir hukuk biliminin yokluğu madalyonun bir yüzüdür. Madalyonun diğer yüzü ise hayatın bütünlüğüne, hukukun hayatın diğer yönleri ile iç içe ilişkisine, hukuki kurum ve süreçlerin olduğu kadar hukuki norm ve kararların evrenle uyum içinde bütünleşmesine dair bir sağduyunun varlığıdır. Tarihlerinin erken aşamalarındaki Avrupa halkları için sanat, mit ve din gibi, hatta dilin kendisi gibi hukukun da birincil amacı suçluları belirlemek ve adaleti tesis etmek için kural koymak ve uygulamak olan ve birtakım ilkeler temelinde insanları diğerlerinden ayıran bir araç değildir. O dönemde hukuk

---

[63] Kern, *Kingship and Law*, s. 180. Kern "Orta Çağ" hukukundan bahsetse de açıkça erken Orta Çağ halk hukukuna atıfta bulunmaktadır; yani on birinci yüzyılın sonlarından önceki döneme.

daha ziyade uzlaşma, insanları bir arada tutma meselesidir. Hukuk, kural koyma ve karar alma süreci olmaktan ziyade öncelikle bir arabuluculuk süreci, iletişim kipi olarak değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda, Cermen halk hukuku ve diğer Avrupa halklarının hukuku belli Doğulu hukuk felsefeleri ile pek çok açıdan ortaklaşmaktaydı. Ortadoğu'da Sufi geleneğinin en eski hikâyelerinden birisi Molla Nasreddin'i ilk davasını gören kadı olarak betimlemektedir. Davacı öyle ikna edici konuşur ki, Nasreddin "Bence sen haklısın" diye bağırır. Mahkeme kâtibi Nasreddin'e henüz davalıyı dinlemediğini söyleyerek kendisini tutması için yalvarır. Davalının iddialarını dinleyen Nasreddin yine heyecanlanır ve bağırır "Bence sen haklısın". Mahkeme kâtibi dayanamaz ve "Hazret" der "ikisi de haklı olamaz". Nasreddin cevap verir "Bence sen de haklısın!"[64] Her ikisi de haklı yine de her ikisi de haklı olamaz. Cevap "Kim haklı?" sorusu sorularak bulunamaz. Cevap, her iki tarafın da onuru korunarak taraflar arasındaki ilişkinin adil bir biçimde yeniden kurulmasıyla bulunacaktır.

Budizm ve Konfüçyüsçülüğün güçlü etkisi altında olan Asya halklarının geleneğinde toplumsal denetim genel normlar aracılığıyla haklar ve görevlerin bölüştürülmesiyle sağlanamaz; daha ziyade imparatorun egemenliğinde aile üyeleri arasında, ailelerle lordluklar arasında, lordluklarda yaşayan aileler arasında ve ailelerle lordluklar arasında doğru ilişkilerin sürdürülmesiyle mümkündür. Toplumsal uyum "herkese hakkını teslim etmek"ten daha önemlidir. Gerçekten de tek tek insanlar toplumdan -ya da evrenden- ayrı düşünülmez, herkes esasında Cennet İlkesine tabi toplumsal ilişkilerin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle eski Asya uygarlıklarında hayatın geleneksel, kolektif ve sezgisel yönleri vurgulanmış ve entelektüel, analitik ve hukuki yönleri eritilmiş ve talileştirilmiştir.[65]

---

[64] Hikâye için bkz. Robert E. Ornstein, *The Psychology of Consciousness.*

[65] Bilincin iki tamamlayıcı boyutu; sezgisel (hem mistik hem şairane anlamda) ve analitik boyutları ile bunların beynin iki yarısı ve bedenin iki yanı arasındaki ilişki için bkz. Ornstein, *Psycology of Conscousness.* Ayrıca bkz. Jerome Bruner, *On Knowing: Essays fort the Left Hand* (Cambridge, Mass., 1962), ss. 2-5. Bruner, sağ elin sembolizmini eylem, hukuk ve bilimle ilişkilendirirken sol elin sembolizmini duygu, sezgi ve kalple ilişkilendirir ve Fransızca *droit* (hukuk) ile doğrultu için kullanılan "right" (sağ, haklı, hak anlamına gelir, ç.n) arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedir. (Aynı durum, Almanca *Recht*, Rusça *pravo* ve İngilizce *right* sözcükleri için de geçerlidir. Right sözcüğü geniş anlamda hukuk anlamına gelirdi eski bir deyim olan "Common Right" ifadesinde olduğu gibi, hâlâ da hukuk tarafından

Bu on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarındaki büyük patlamadan evvel Avrupa halkları için de geçerlidir. Hıristiyanlığın ortaya çıkışından önce (ve sonra) Avrupa halklarının düşüncesine hâkim olan mitler, büyü ile mantık arasında ve kader ile ceza hukukunun kuralları arasında keskin bir ayrım yapmamıştır. Keza doğulu bir din olan Hıristiyanlık da inanç ve akıl arasında keskin bir ayrım yapmamıştır.

Fakat toplumsal düzeni "Doğulu" bir kavram olan kaynaşma ya da uyumu ve sosyal hayatın tüm yönlerini yansıtan bir toplumda hukukun olduğunu söylemek mümkün müdür? Örneğin kuzey Nijerya'da yaşayan Tivler'in toplumsal denetim sistemleri klanlara ve soy bağına sadakate, klanlar arasında misillemeye ve doğaüstü güçler tarafından cezalandırılmaktan kaçınmak için telafi ritüellerine dayanmaktadır. Buna karşılık Tivler'de ayrı bir yönetim aygıtı ve mahkemeler olmadığı gibi dillerinde "hukuk" sözcüğünün karşılığı da yoktur. Bu durumda Tivler'de hukukun olduğu söylenebilir mi?[66] Tivler belli kuralları bağlayıcı, belli kararları buyurucu saymakta ve bu kural ve kararları bildiren belirli usulleri kabul etmektedir. Gerçek şu ki Tivler'in kural, karar ve usullerini din, siyaset, ekonomi ve aile ilişkilerinden ayırmamaları ve bunları "hukuk" olarak adlandırmamaları *bizim* onları hukuk olarak adlandıramayacağımız anlamına mı gelmektedir? Tivler arasında -ve diğer toplumlarda- *bizim adına hukuk dediğimizin* tümüyle dağıldığını; din, siyaset, ekonomi, aile gibi toplumsal kurum ve süreçlerle iç içe geçtiğini söyleyemez miyiz? Hukuku, ihlal edilmeleri halinde, ihlal edenlerin toplum tarafından konulan mutat usullere göre yaptırımla karşılaştığı davranış kuralları olarak tanımlayan A. S. Diamond "Tivler'de" kategorik olarak "hukuk yoktur" demektedir. Diamond'a ve onun Batılı yaklaşımına göre "sözcüğün bütün anlamlarıyla hukuk, devletin bir organı tarafından uymaya zorlanabilen davranış kuralları-

---

korunan bir hakkı ya da özgürlüğü ifade etmek için kullanılmaktadır; *property right* (mülkiyet hakkı) yahut *contract right* (sözleşme özgürlüğü) gibi.) Bununla birlikte, Bruner bilimsel bilgiye -muhtemelen hukukun bilgisine de- sağ elle ulaşılamayacağının farkındadır. Eserinin girişinde şöyle yazmaktadır: "Çocukluğumdan beri sağ elin ve sol elin sembolizminden büyülenmiş haldeyim -biri eyleyen diğeri hayal eden. Sağ, düzen ve kanun; *le droit*. Geometri ve totolojik çıkarımların güzelliği. İşte sağ elle ulaşılan bilgi, bilimdir. Yine de bilime böyle bakmak onun heyecan verici yanını gözden kaçırmak anlamına gelir zira bilimin muhteşem hipotezleri sol elde taşınan hediyelerdir".

[66] Bkz. Paul Bohannan, *Justice and Judgement among the Tiv* (London, 1957).

dır". Bu tanım Cermen hukukunu (Anglo-Sakson ve Frank hukuklarını da) yok saymaktadır ve Diamond esasında Cermen hukukunun "hukukun neredeyse başlangıç aşamasında"[67] olduğunu söylemektedir.

Hukukun din, siyaset, ekonomi, aile ve diğer toplumsal kurumlara karışarak toplumsal düzene büyük ölçüde yayıldığına dair paradigma -ve böylesi bir toplumsal düzenin tarihsel olarak Batı uygarlığının hukuk sistemlerinin gelişmesinden önce vuku bulduğu tezi- bir yüzyıldan fazla bir zaman önce Sir Henry Maine'ın yazılarında ileri sürülmüştür. Maine, hem Doğu'da hem Batı'da eski Roma, Yunan ve Hindu yasa hükümlerinin "özsel niteliklerinde herhangi bir değişme olmadan dinî, medeni ve bütünüyle ahlaki kurallarla iç içe" geçtiğini ve "hukukun dinden ve törellikten ayrılmasının zihinsel ilerlemenin daha sonraki bir basamağı" olduğunu yazmaktadır.[68] Eski kanun hükümlerinin çok az "dinî referans" içerdiğini, "tamamıyla seküler" olduklarını ve "hukuk ile dini karıştırmadığını" ileri sürerek Maine'ın iddialarının aksini kanıtlamak, Diamond'un yaptığı gibi, hukuk nedir ve din nedir sorularını sormayı gerektirir.[69] Maine,-mesela özgür bir adamı katleden biri 100 şilin *wergeld* öder ya da bir asilzadeyi öldüren 300 şilin *wergeld* öder gibi, modern bir gözlemciye "tamamıyla seküler" görünebilecek olan kuralların gerçekte bütünüyle toplumun dinî ve törel kuralları ile ilişkili olduğunu sa-

---

[67] Diamond, *Primitive Law*, ss. 61, 195, 317 (n.10), 320.

[68] Bkz. Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (Boston, n.d.), s. 15.

[69] Diamond, *Primitive Law*, ss. 47-48. Diamond, Maine'i de erken dönem kodlarının "sadece mevcut örf ve âdetin derlemesi" (s. 45) olduğu ve genel olarak hukukun "aynı zamanda özünde yasal, törel ve dinî de olan öteden beridir mevcut davranış kurallarından kaynaklandığı" (s. vii) görüşü nedeniyle eleştirmektedir. Aslında Diamond'a göre ikinci önerme öyle kuşkuludur ki eleştirilmesi "bugünlerde çok da gerekli değildir" (ibid). Öte yandan Maine önermelerinde neredeyse her zaman eleştirmenlerinin farkında olduğundan çok daha fazla dikkatli olmuştur. Öncelikle Maine Cermen kanunlarından değil antik Roma, Yunan ve Hint kanunlarından (On İki Levha Kanunları, Solon Kanunları, Manu Kanunları) söz etmektedir. İkincisi tarihi açıdan "hukuk"un (Maine burada "kod" demez) öteden beridir mevcut davranış kurallarından "kaynaklandığı" aşikârdır; elbette en erken dönem kurallarının tam anlamıyla gelişerek bir yasakoyucunun zihninden kaynaklandığı varsayılmadıkça! Diamod, öteden beridir mevcut kuralların doğaları gereği törel ve dinî olduğu kadar hukuki de olmasını mantıksız bulmaktadır ancak onun bu iddiası "törel ve dinî" olanı "Hıristiyanlık" ya da "kilise" ile karıştırmasından kaynaklanmaktadır. Maine'in ve Diamond'un görüşleri, 69. ve 70. dipnotlarda detaylıca tartışılmıştır.

vunmaktadır. Dennis Lloyd'un ileri sürdüğü gibi, böylesi bir kuralın uygulanmasını zorlayan bir devletin ya da başkaca bir "hukuk mekanizması"nın yokluğu nedeniyle modern hukuk kurallarından ayırt edilebileceğini söylemek[70] ya da Diamond'un ka-

---

[70] Dennis Lloyd, *The Idea of Law* (London, 1970), s. 235. Lloyd şöyle yazmaktadır (s. 232): "Vaktiyle erken toplumlarda yasal, törel ve dinî normları, tek bir dokuda içi içe örülmüş oldukları için birbirlerinden ayırmanın imkânsız olduğu görüşü yaygın kabul görüyordu... Ancak geleneklere riayetin toplumun dinî inanışlarına başvurması ve bağlayıcı niteliklerinin önemli bir kısmını buradan almaları Sir Henry Maine gibi kimi yazarların varsaydığı gibi, ilkel toplumlarda dinî kurallarla seküler kuralların birbirlerinden ayırt edilemeyecekleri anlamına gelmez. Toplumun dinî tabularını oluşturan ve bunların ihlali halinde saldırganın doğaüstü güçlerce cezalandırılacağına dayanan kurallar çoğunlukla toplumun sosyal ve ekonomik hayatını düzenleyen ve seküler otoritelerce uygulanan kurallar birbirlerinden ayırt edilebilir -kabile ya da klan, şef ya da yaşlılar meclisi yahut zarar görenin akrabaları-". Ne var ki, burada Maine'e atıf yapmak yanlıştır zira Maine asla erken toplumlarda doğaüstü yaptırımlara bağlanan dinî tabularla kabile ya da akrabalar tarafından uygulanan sosyal ve ekonomik kuralların birbirlerinden ayırt edilemeyeceğini yazmamıştır. Maine (Lloyd, Diamond ve diğerlerinin adlandırdığı biçimiyle) "seküler" kuralların toplumun dinî inanışlarına başvurduğunu (Lloyd'un da kabul ettiği gibi) ve bağlayıcı niteliğini onlardan aldığını; öyle ki bu kuralların ve inanışların Lylod'un müthiş ifadesiyle "tek bir dokuda iç içe örüldüklerini" söylemektedir.
Diamond ve Maine arasındaki ve daha dar kapsamda Lloyd ve Maine arasındaki fark hukukun doğasına ve amacına dair kavramlarından ziyade olguları tanımlamalarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Hem Diamond hem de Lloyd, hukukun ayırıcı özelliğinin ihlal edilmesi halinde hükümetin memurları tarafından müeyyidelendirilmesidir. Nitekim Lloyd şöyle yazmaktadır (s. 235): "Kabaca söylemek gerekirse... ilkel geleneklerle gelişmiş hukuk arasındaki fark, ilkinin hukukun maddi özelliklerinden yoksun olması ya da müeyyideyle desteklenmemesi değil... fakat yasaları koyan ve uygulayan merkezi bir yönetimin olmamasıdır". Diamond'un metnindeki hukuk tanımı, özünde pozitivisttir; hukuk devlet tarafından konulan ve uygulanan kurallardan oluşmaktadır. Maine ise hukukun esas özelliği "ihtilaflarda karar verecek ilkeleri elinde tutan münhasır" bir grup insanın -gerçekte yargıçların- varlığıdır der (*Ancient Law*, s. 11). Maine, hukukun pozitivist tanımının ilkel dikkatlerden kaçmasına neden olduğunu gösteren ilk yazarlardan birisidir -öte yandan kaynağına ve doğasına bakmaksızın bütün gelenekleri kapsayan bir tanımda herhangi bir şey dikkatlerden kaçamaz. Nitekim aslında Cermen halk hukuku hakkında pek az yazan Maine, muhtemelen Diamond'un yaptığının aksine hukukun kaynaklarını eski kanunlarda değil fakat bu kanunlarda yansıtılan ve bu kanunlara rehberlik eden halk meclisi kararlarında ve hükümlerinde bulmaktadır. Maine, muhtemelen Cermen kanunnamelerindeki kuralların da öteden beridir mevcut ve aynı zamanda törel ve dinî olan davranış kurallarından "kaynaklandığını" söylerdi. Kanunnameleri "hukuk" yapan gerçekte bunların, ihtilaf halinde gelenekleri belirtmek ve uygulamakla sorumlu olanların yansıttığı ve yol gösterdiği karar ve hükümlerden oluşmasıdır. Ancak Frank ve Anglo-Sakson hükümlerinin dinî sistemin ayrılmaz parçası olduğunu -*wyrd* ve *lof* sistemi ile işkence ve tanık beyanıyla beraat- göstererek inanıyorum ki sadece bunların

bul edeceği gibi kuralı işkence veya yemin beyanı ile uygulamaya zorlamanın dinî fakat kuralın kendisinin seküler olduğunu söylemek yeterli değildir.[71] Bütün Cermen sisteminin zarara karşılık maddi tazminat kuralları *wyrd* ve *lof, wer* ve *bot, mund, frith, borh, wed* paradigmasının -hukukun din, siyaset, ekonomi, klan ve aileye sadakatle birleştiği, kader ve onur sisteminin- bir parçasıdır. Diamond, Talmud'daki kanunların dinden tamamen bağımsız "seküler hukuk" olduğunu ileri sürdüğünde aslında kendi argümanını mantıksız kılmaktadır. Yahudiler böylesi bir ayrımı asla kabul etmediler ve etmeyeceklerdir zira onlara göre Kutsal Kitap'taki her sözcük mukaddestir.

Benim savım şudur, altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla kadar

özünde aynı zamanda yasal, törel ve dinî de olan mevcut davranış kurallarından "kaynaklandığını" göstermekle kalmadım fakat bunların bizzat "törel ve dinî inanışlar" ile birlikte "tek bir dokuya iç içe örüldüklerini" de gösterdim.
Diamond, kendi hukuk tanımı nedeniyle, Cermen kanunnamelerini, daha geniş yasal (ve aslında törel ve dinî) düzenin bir parçası olarak ele almak yerine "hukuk" olarak değerlendirmiştir. Daha ileri giderek eski kanunnamelerde usule çok az yer verildiği için kanunnamelerde yer almayan hususların hukukun içinde de önemli olamayacağını ileri sürmektedir. Nitekim demektedir ki (s. 61): "dönemim barbarlarına göre hukuk kuralları, usul değil meselenin özüydü -basit bir gerçek aşikâr görünebilir ancak ilkel hukuka ilişkin yaygın görüşe göre (Maine'in iyi bilinen özdeyişi yayılmasını sağlamıştır)- yani ilkel insana göre (Maine'in sözleriyle) usul kuralları kuralın maddi içeriğinden üstündür ve maddi hukuk ilk bakışta usuldeki boşlukların arasında gizlenmiştir. "Mesele"nin "aşikâr" olduğunun söylemesinin temelinde sadece kanunnamelerde usul hakkında çok az hükmün bulunmaktadır. Ne var ki kanunnamelerin hukukun bütün önemli boyutlarıyla uğraşmaya niyetlendiğini varsaymak tümüyle temelsizdir. Zira esas olarak kuralların maddi bir içeriğe kavuşturulmasıyla meşgul olmuşlardır. Kanunnamelerde yer alan hükümlerin ezici çoğunluğu cinayet, yaralama, cinsel suçlar (tecavüz, zina, iğfal) ve hırsızlıkla ilgilidir. Usulün yanı sıra pek çok meseleye de ya hiç değinilmemiş ya da çok az değinilmiştir. Bazı kanunnamelerde örneğin ihanete ilişkin hiç hüküm yoktur, feodal ilişkilere hiç değinilmemiştir; toprak hukuku çok az yer alır. Gerçek şudur ki, zararın çeşitli biçimlerine ilişkin belirli miktarlarda paraların ödenmesine ilişkin maddi kuralların biçimi klanlar arası ya da aileler arası uzlaşma müzakerelerinin önemli bir parçasıydı. Böylece, Maine'le birlikte söylemek gerekirse hukuk aslında kanunnamelerde "usulün boşlukları arasında gizlenmişti".

[71] Diamond, *Primitive Law,* s. 326. Diamond, din ile hukukun ilkel hukukta temas ettiği iki noktanın bulunduğunu belirtmektedir. İlki, belli davranışlar öyle menfurdur ki hem yasanın ihlali anlamına gelir hem de dinî normların. İkincisi, hukuki usullerde dinî müeyyidelerden yahut sihire olan inançtan, gerçeği ortaya çıkarmak için işkenceye ya da kehanetin bir başka biçimine başvurulduğunda yararlanılabilir. Aksi halde der Diamond, hukuk tümüyle sekülerdir ve özünde dinden etkilenmemiştir. Bu sonuçlara elbette Diamond'un hukuk tanımından ulaşılmıştır. Bkz. 68. ve 69. dipnotlar.

Avrupa halklarının (halk) hukuku din ve törellikle kaynaşmıştır ancak yine de hukuktur, bir hukuk düzenidir, toplumsal hayatın hukuki boyutudur. Dahası, herhangi bir topluluğun -aile hatta komşular dahi olabilir- üyelerince paylaşılan ortak duyarlıklarını yine onlar tarafından tanınan bir otoriteden kaynaklanan karşılıklı haklar ve görevler onları birbirine bağladığı için toplumsal hayatın hukuki boyutu olarak saptamak bir anlam ifade etmektedir. Zira bir çocuk eşitlik, tutarlılık ve verilen sözün tutulmasını ya da bir kurala uyulmasını talep ettiği anda artık hakka ya da hukuka bir başvurudan söz etmek de anlamlıdır. Örnek olsun, diyelim ki çocuğun bir oyuncakla oynamaya hakkı var zira daha önce erkek kardeşi oynamıştı ve kardeşler o oyuncakla sırayla oynarlardı çünkü babaları sırayla oynayacaklarını söylemişti, o halde o oyuncakla oynamak çocuğun hakkıdır. Böylesi bir argüman kimi çocuk yetiştirme sistemlerince onaylanmayabilir, özellikle de güçlü bir biçimde Konfüçyüsçü etiğin etkisi altında olanlarca. Yine de onaylanmayacak olan bu argüman toplumsal düzenlemeye içkin bir ilkenin yansımasıdır.

Bu, Konfüçyüsçü etikle yönetilen bir aile ya da köyün hukukunun olmadığı anlamına gelmez; daha ziyade onların toplumsal hayatının hukuki boyutunun tümüyle yasal-olmayana, *fa*'nın (hukukun) *li*'ye (geleneğe) tabi olduğu anlamına gelir.[72] Dolayısıyla Tivler'in hukukunun olmadığı söylenemez; onların hukuki hak ve görevlere ilişkin düzenlemeleri din ve diğer kurum ve değerlerle bütünüyle birleşmiştir. Bu bağlamda Avrupa halklarının Cermen halk hukukunu burayla ve Batılı olmayan diğer hukuk düzenleri ile birbirine bağlayan; halk hukukunun akrabalık bağlarına, lordluğa ve krallığa sadakate bağlı olması ve kader ta-

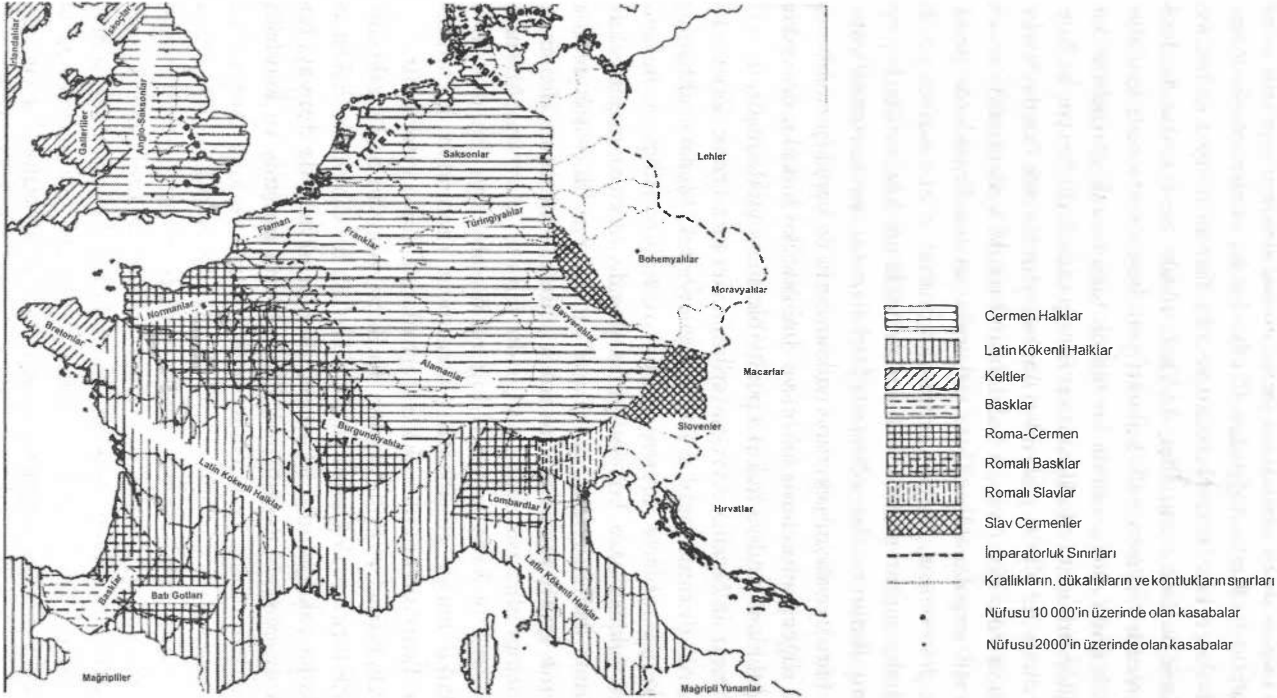
---

[72] Bkz. Fung Yu-Lan, *A History of Chinese Philosophy*, trans. Derk Bodde, 2 vols. (Princeton, N.J., 1953). Cennetin, yani doğal evrenin insani meselelerle etkileşim içinde olduğu; erdemlileri belirlediği ve kötüleri cezalandırdığı söylenmektedir (ibid., II, 500-508). "Fa ve Li" ilişkin temel kavramlar için bkz. Derk Bodde ve Clarence Morris, "Basic Concepts of Chinese Law", James T.C. Liu and Wei-ming Tu, ed., *Traditional China* (Englewood Cliffs, N.J., 1970) içinde, ss. 92-108. Cennete ilişkin *li* insanın duygularında doğuştan vardır, baba-oğul, yönetici-yönetilen, karı-koca, büyük-küçük biraderler, arkadaşlar gibi insanlar arası ilişkilerin biçimlerini açıklar. *Fa* (hukuk) ise bu ilişkileri tek bir biçime sokarak bozar. *Li*, insan doğası ve kozmik düzenle uyumlu biçimde eski zaman bilgeleri tarafından yaratılmıştır, evrensel olarak geçerlidir. *Fa* ise, sadece modern insanın *ad hoc* yaratısıdır. *Li*'nin ayinleri ve törenleri hayata şiir ve güzellik katar. *Fa* ise mekaniktir ve duygusal içerikten yoksundur. Y.C Liu'ya bu iç görülerin idraki için minnet borçluyum.

rafından yönetilen bir evrende onur için kahramanca mücadeleyle iç içe geçmiş olmasıdır.

Bütün bu farklı hukuk düzenlerini tarif etmek için tek bir ifade gerekseydi, bu "geleneğin kutsallığı" olurdu. Gelenek kutsaldır ve geleneğin normları da kutsaldır. Sofokles'in sözleriyle "bu yasalar dün ve bugün için değiller, sonsuza dek var olacaklar ve hiç kimse yasaların ilk kez ne zaman ortaya çıktığını bilmemektedir" (Antigone). Bu tür bir hukuk düzeninde yasa, merkezî otoriteler tarafından bilinçli olarak yapılan ya da yeniden yapılan bir şey değildir, arızî olarak yasa yapılabilir ancak hukukun büyük bir kısmı topluluğun davranış normları ve örüntülerinden ve örf ve âdetlerinden doğan bir şeydir. Üstelik bu tür bir hukuk düzeninde gelenek, hukukçular tarafından bilinçli, sistematik ve devamlı surette rasyonel bir incelemeye tabi tutulmaz. Gelenek öyle kutsaldır ki, kutsal olduğu bile söylenemez; geleneğe kayıtsız şartsız ve tartışmasız saygı duyulur.

Yine de Cermen halk hukuku, sadece Hıristiyanlığın egemenliği altına girdiği için örf ve âdet hukuku modeline ya da arketipine; esasında Arkaik ya da ilkel hukukun herhangi başka bir modeline veya arketipine, uymaz. Hıristiyanlığın ortaya çıkışı ve boydan boya Avrupa'ya yayılması herhangi bir sosyal teori ile açıklanamayacak kadar benzersiz bir olaydır. Cermen dünya görüşü ile çelişen ve hayatı bu dünya ve öte dünya olmak üzere ikiye ayıran Hıristiyanlık, akrabalık, lordluk, krallık ilişkilerinin kutsallığı dâhil olmak üzere geleneğin nihai kutsallığına meydan okumuştur. Hıristiyanlık aynı zamanda doğanın nihai kutsallığına da -örneğin işkencede ateşin ve suyun gücüne- meydan okumuştur. Hıristiyanlık, tüm bunların birlikte kutsal olduğunu inkâr etmeden her birinin her şeyin üstündeki kutsallığına meydan okumuştur; öte yandan Kilise halkların işkence dâhil kutsal kurum ve değerlerini desteklemiştir. Hıristiyanlık Tanrı'nın krallığı, Tanrı'nın yasaları ve öte dünya ile daha yüce bir alternatif sunarak halkların değer ve kurumlarını hem desteklemiş hem de hepsine meydan okumuştur. Hayat iki ayrı dünyaya; sonsuz ve geçici olmak üzere iki ayrı dünyaya bölününce, geçici olan değerini yitirmiş ama bunun dışında sarsılmamıştır. Bu bölünme toplumsal hayatta insan ruhunda gerçekleşmiştir. Ancak toplumsal hayat önemli biçimde *dolaylı* olarak değişmiştir. Halk hukukunun temel yapısı değişmeden kalmış fakat önemli özellikleri Hıristiyan inanışından etkilenmiştir.



Harita 1: Takriben 1050'de Batı Avrupa

Eğer Cermen halk hukukundan Hıristiyanlığın bütün izleri silinebilseydi, Cermen halk hukuku, sosyal teorisyenlerce saptanan hukuk düzenlerinin bir ya da birkaç arketipine pekâlâ denk düşebilirdi. Hatta doğrudan On İki Levha dönemindeki Roma Hukuku, erken Hindu hukuku ve eski Yunan hukuku ile birlikte Arkaik hukuka denk düşerdi; ilkel hukuka ise o kadar da denk düşmezdi. Cermen halk hukuku yeni başlamakta olan feodalizmin hukuki niteliklerinde bir hukuk türü olarak görülebilir; kesinlikle örf-âdet hukukunun bir örneği olabilirdi. Ne var ki, böylesi modeller altıncı yüzyıldan onuncu yüzyıla dek Frank, Anglo-Sakson ve diğer Avrupa halklarının hukuki kurumlarına ancak kısmen uygulanabilir. Oysa yukarıda sayılan örneklerde nedamet defterlerine, krallar tarafından onanan dinî yasalara ya da ruhban sınıfının yönetimin her alanındaki merkezî rolüne hiç yer yoktu. Bütün bunların ötesinde Hıristiyanlık, ana kurumsal yapıları Hıristiyanlaşmış Avrupa halklarınınki ile karşılaştırılabilecek olan diğer toplumların felsefi ve dinî nitelikli hukuku ile keskin karşıtlıkları içindeki hukuka pozitif bir değer yüklemiştir.

Bununla beraber Avrupa tarihinin Cermen-Frank dönemi kilisesinin durumu İsrail'in kabile dönemindeki Musevi ruhbanlığı ile karşılaştırılacak olursa, kilisenin öte dünyacılığı ve hukuka olan yaklaşımının belirsizliği karşısında hayrete düşülecektir. Aslında bu dünyanın hukukunda herhangi bir esaslı reform yapma girişiminin değerini inkâr etmek o zamanın Hıristiyan inancının olmazsa olmaz parçasıdır. Zira bu dünyanın hukukunun adil ve hatta kutsal olduğuna inanılıyordu. Bu dünyanın hukuku ancak günahkârları cehennem azabından kurtaracak olan Tanrı'nın hukuku ile karşılaştırılacak olursa yetersizdir.

On birinci yüzyılın sonları on ikinci yüzyılın başlarında dramatik biçimde değişen tam da Kilise'nin bu dünya ile ilişkisi ve hukuka yaklaşımıdır. Kilise hem kendisini hem de dünyayı hukuk aracılığıyla değiştirmek için reforma girişmiş ve kendisini imparatorluktan, kraliyetten, feodal otorite ve kent otoritelerinden bağımsız, görünür, tüzel, hukuki bir varlık olarak ortaya koymuştur. Hukukun özerk kurumları; kısmen her siyasanın uyumunun sürdürülmesi, kısmen her birindeki reformun başarılı olması, kısmense hepsinin arasında bir dengenin sağlanması için önce kilise siyasasında sonra da seküler siyasalarda açık ve anlaşılır biçimde tespit edilmiştir. Ne var ki, bütün bu yeni gelişmeler, hepsinin temelleri daha önceki dönemde atıldığı için

mümkün olabilmiştir. Bu, o zamanlar sabit toplumlarının kuruluşunun dayanağıydı ve bu dayanak ne kilisenin devletten ne de hukukun diğer toplumsal mekanizmalarından ayrı olduğu *populus christianus* ile bütünleşmişti. Sosyolojik ve tarihsel bir bakış açısından böylesi bütünleşmiş bir toplumun varlığı daha sonra bölünmüş, özerk ve rekabetçi dinî ve seküler hukuk sistemlerinin yaratılması için zaruriydi. Öncesindeki bu bütünleşme olmasaydı yeni hukuk sistemleri sadece mekanik ve bürokratik olarak görülür ve uyum, reform ve dengeyi sağlamak olan nihai amaçlarını gerçekleştirmekte başarısız olurlardı.

On ikinci yüzyılın sonlarında, Batı hukuk geleneğinin daha öncesi özel bir önem kazanmıştır. Batı toplumu geçen iki nesil boyunca giderek artan biçimde ırk, sınıf, cinsiyet ve kuşaklar arasındaki temel farklılıklarla karakterize olmuştur. İnanç bağları zayıflamış; kan bağına ve toprağa bağlılık yerini muğlâk ve soyut bir milliyetçiliğe bırakmıştır. Sabit toplumların çöküşüyle birlikte Batı bir daha hukuka sosyal, ekonomik ve politik yozlaşmaya karşı ruhani değerlerin korunmasının bir aracı olarak güvenememiştir. Kuşkusuz geçmişe, en azından Batı uygarlığının uzak köklerine dönüş mümkün değildir. Yine de şüpheciler açısından şüphecilik çağında, her şeyden öte Batılılar için hangi tarihsel rotanın onları içinde bulundukları çıkmaza getirdiğini sormak ve "barışın hukuka, sevginin de adalete üstün olduğu" daha eski zamanlar nostaljisi ile insanların gerçekten yüzleşmek önemlidir.

2 | *Batı Hukuk Geleneğinin Papalık Reformundaki Kökeni*

On birinci yüzyıldan önceki dönemde Batı Avrupa halkları arasında ayrı bir düzenleme ve düşünce sistemi olarak hukuk mevcut değildi. Kuşkusuz her halkın hem seküler hem de dinî merkezî otoritelerce çıkarılmış arızî kanunları ile yazılı olmayan sayısız hukuk kuralı ve hukuki kurumu vardı. Dikkat çekici sayıda tekil hukuki terim ve kural, daha önceki Roma hukukundan devralınmıştı ve Kanonlar'da, yerel kilise konsüllerinin ve piskoposların kararnamelerinde olduğu kadar kraliyetin yasalarında ve örf ve âdet hukukunda bulunabilirdi. Öte yandan hem seküler hem de dinî alanda hukuk diğer toplumsal denetim süreçlerinden belirgin bir biçimde ayrılmadığı gibi entelektüel merakın da ayrıca konusu değildi. Seküler hukuk bir bütün olarak genel kabilesel, yerel ve feodal gelenekten ya da kraliyetin veya imparatorluk ailesinin geleneğinden ayrışmamıştı. Benzer biçimde kilisenin hukuku da büyük ölçüde; otorite yapıları ile olduğu kadar teolojisi, ahlaki öğretileri ve ayinleri aracılığıyla kilise hayatına yayılmıştı ve yine büyük ölçüde yerel ve bölgeseldi ve vazedilmiş ve merkezîleşmiş olmaktan ziyade ağırlıklı olarak gelenekseldi. Ne profesyonel yargıç ve hukukçular mevcuttu; ne de mahkemeler arası hiyerarşi.

Yine aynı dönemde ayrı bir kurallar ve kavramlar "bütünü" olarak hukuk algısı da yetersizdi. Hukuk okulları yoktu. Nihayetinde Batılı hukuk sistemlerini biçimlendiren yapısal unsurlar haline gelecek olan yargılama, usul, ceza, sözleşme, mülkiyet ve diğer temel hukuki kategorilerini inceleyen büyük hukuk kitapları da yoktu. Hukukun kaynaklarına, doğal hukuk ve ilahi hukukun beşerî hukukla, kilise hukukunun seküler hukukla, vazedilen hukuk ile örf ve âdet hukuku ile ve seküler hukukun çeşitli biçimleri (feodal hukuk, krallık hukuku, kent hukuku gibi) birbirleri ile ilişkisine dair gelişmiş teoriler mevcut değildi.

Hukuki düzenlemelerin görece sistematik olmayan karakteri ve hukuk biliminin görece gelişmemiş durumu, hâkim siyasi,

ekonomik ve toplumsal şartlarla yakından ilişkilidir. Bunlara çoğunlukla kabilelerin, köylerin ve feodal toplulukların yerel karakteri de dâhildir. Zira bu topluluklar büyük ölçüde ekonomik olarak kendilerine yetmektedir, otoriteler birbirlerinin içinde erimiştir, merkezî krallıkların ve imparatorluğun siyasi ve ekonomik denetim uygulamaları görece zayıftır, merkezî krallıkların ve imparatorluğun denetimi esasen askerî ve dinî niteliklidir, akrabalığa, toprağa ve askerî yoldaşlığa dayanan ve resmî olmayan topluluk bağları güçlüdür.

On birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılın başlarında batı Avrupa'da hem siyasi bir kurum olarak hem de entelektüel bir kavram olarak hukukun bizatihi doğasında esaslı bir değişiklik gerçekleşmiştir. Hukuk ayrışmıştır. Politik olarak ilk defa iktidarları, yetkilendirilmiş görevliler aracılığıyla merkezden yerele aşağıya doğru uzanan güçlü ve merkezî dinî ve seküler otoriteler ortaya çıkmıştır. Kısmen bununla ilişkili olarak yargıçlar ve avukatlardan oluşan profesyonel hukukçular sınıfı belirmiştir. Aynı dönemde Batı Avrupa entelektüel olarak ilk hukuk okullarının kurulmasını, hukuka dair ilk bilimsel eserlerin yazılmasını, devralınan devasa hukuki mirasın bilinçli bir biçimde düzenlemesini ve hukuki kural ve usullerin gelişen gövdesi olarak özerk ve bütünleşik bir hukuk kavramının gelişmesini tecrübe etmiştir.

Politik ve entelektüel bu iki etmenin birleşimi, ilki Roma Katolik Kilisesi'nin yeni Kanonu olan (daha sonra *jus canonicum* olarak adlandırılacak olan) Batı hukuk sistemlerinin ortaya çıkmasını kolaylaştırmıştır. Hukukun daha önceki eser ve kanonları içeren "eski hukuk" (*jus antiqUum*) ve güncel yasa ve kararlar ile önceki metin ve kanonların yeniden yorumlarını içeren "yeni hukuk" (*jus novum*) olarak ikiye ayrılması da yine bu dönemdedir. Kanon hukukunun yeni sisteminin arka planının aksine ve sıklıkla onunla rekabet ederek Avrupa krallıkları ve diğer birimleri kendi seküler hukuk sistemlerini yaratmaya başlamıştır. Yine aynı zamanda Avrupa'nın pek çok bölgesinde her biri kendi idari ve hukuki kurumlarına sahip olan ve yeni bir kent hukuku yaratan özgür şehirler ortaya çıkmıştır. Bunlardan başka feodal (lord-vasal) ve *manoryal* (lord-köylü) hukuk kurumları sistematize edilmiş ve şehirlerarası, bölgelerarası ve uluslararası ticaretle meşgul olan tacirlerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeni bir ticaret hukuku sistemi geliştirilmiştir. Bu yeni feodal, *manoryal*, mer-

kantilist hukuk ve şehir hukukunun ortaya çıkışı, sadece politik ve entelektüel değil toplumsal ve ekonomik faktörlerin de hukuki kurumların devrimci gelişiminde etkili olduğunu açıkça göstermektedir. Başka deyişle on birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında modern hukuk sistemlerinin yaratılması sadece merkezî elitlerin teori ve politikalarının hayata geçirilmesi değil fakat aynı zamanda da "alttaki" toplumsal ve ekonomik değişimlere verilen cevaptır.

Elbette dinî faktörler de etkiliydi. Modern hukuk sistemlerinin yaratılması ilk olarak kilise içindeki ve kilisenin seküler otoriteler ile ilişkisindeki devrimci değişime bir cevaptı. Buradaki "devrimci" sözcüğü sınıf mücadelesi ve şiddete dair bütün modern çağrışımlarını kapsamaktadır. Papa VII. Gregorius, yirmi beş yıl süren ajitasyon ve propagandadan sonra, 1075 yılında papalığın bütün kiliseler üzerinde politik ve hukuki üstünlüğü ile ruhban sınıfının seküler denetimden bağımsızlığını ilan etmiştir. Gregorius ayrıca papanın, kralları ve imparatorları tahttan indirme yetkisi dâhil olmak üzere seküler meselelerde de üstünlüğü olduğunu ileri sürmüştür. İmparator -Saksonyalı IV. Henrybuna askerî karşılık vermiştir. Papalık ve imparatorluk arasındaki iç savaş bütün Avrupa'da ara ara şiddetlenerek büyümüş; nihayetinde bir uzlaşmaya varılarak 1122'de Alman şehri olan Worms'ta kilise ile imparatorluk arasında bir anlaşma (*concordat*) imzalanmıştır. 1107'deki Bet Anlaşması (*Concordat of Bet*) İngiltere ve Normandiya'ya geçici olarak soluk aldırmıştır ancak esas mesele Başpiskopos Thomas Becket'ın 1170'teki şehadetine dek nihai olarak çözülmemiştir.

Batı Kilisesi'nde ve kilise ile seküler otoritelerin ilişkisinde on birinci yüzyılın son ve on ikinci yüzyılın ilk yarısında meydan gelen büyük değişiklikler, geleneksel olarak Hildebrand Reformu ya da Gregoryen Reformu olarak adlandırılır. (Keşiş Hildebrand 1050'den sonra papalıkta yer almış ve 1073'ten 1085'e kadar Papa VII. Gregorius adıyla papa olarak hüküm sürmüştür.) Ancak "Reform" terimi, bizzat papalığın -daha sonra da Romalı Katolik tarihçilerin- arzusunu yansıtmakta hayli yetersiz kalmakta ve "giden" ve "gelen" arasındaki süreksizliğin büyüklüğünü önemsizleştirmektedir. Latincedeki *reformatio* sözcüğü on altıncı yüzyıldaki Protestan Reformu'nu hatırlatarak süreklilikte daha esaslı bir kırılmayı ifade ediyor olabilir. Ancak aynı dönemi ifade etmek için kullanılan başka bir terim, Atama Mücadelesi, dolam-

baçlı bir ifade olarak daha az yetersiz değildir. Zira bu terim, papalığın, kralların ve imparatorların piskoposları kendi iktidarlarının sembolleri ile donatarak atama yetkisini alma mücadelesine işaret etmektedir ve yine papalığın "kiliseye özgürlük" sloganı ile imparatorluğa (ya da krallık) karşı başlattıkları mücadele ile ilişkilidir. Ancak bu dramatik slogan dahi, önde gelen tarihçilerin pek çoğuna göre; Avrupa tarihindeki ilk büyük dönüm noktası, kimilerine göre ise modern çağın başlangıcı[1] olarak kabul

---

[1] Kilise'nin tarihsel devamlılığında temel bir kırılma ve Batı tarihinin büyük devrimlerinin ilki olarak Papalık Devrimi kavramını ilk kez kullananlardan birisi olan Eugen Rosenstock-Huessy bkz. *Die europaischen Revolutionen* (1931; 3rd ed. rev., Stuttgart, 1960) ve *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (New York, 1938). Ayrıca bkz. aynı yazar, *Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution of the Middle Ages*, preface by Karl W. Deutsch (Boston, 1949). Kilise tarihçileri içinden ayrıca bkz. Gerd Tellenbach, *Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites* (Stuttgart, 1936), trans. with intro. by R.F. Bennett as *Church, State, and Christian Society at the Time of Investiture Contest* (London, 1959) (reprinted Harper Torchbook, New York, 1970). Tellenbach (s. 111), kendisinin 1058'de başladığını söylediği, kiliseyi krallığın ve diğer lâik otoritelerin denetiminden özgürleştirme hareketinin "dünya tarihinde büyük bir devrim" olduğunu belirtmektedir. Yine ona göre, Papa VII. Gregorius, "Katolik Hıristiyan âlemi tarihinin en önemli -belki de sadece ruhani bakış açısından- dönüm noktasında durmaktadır. Gregorius devrimin tam merkezindeydi; sözcüğün alışılmış anlamıyla bir reform... onu tatmin etmezdi" (s. 164). David Knowles ve Dmitri Obolensky'e göre, Gregoryen Reformu esnasında "Batı'da ilk defa organize bir sınıf; kendileri Roma'daki piskoposun altında yer alan piskoposların altında birbirlerine sıkıca bağlı ve hukukları ve çıkarları bakımından lâiklerden ayrılan ama daha aşağıda bir konumu işgal eden bir ruhban sınıfı ya da din görevlilerinden oluşan büyük bir kurum belirmiştir". Bkz. [*The Christian Centuries, vol 2, The Middle Ages* (New York, 1968), s. 169]. Yine aynı yazarlara göre (s. 260), "detaya girmeden söylenirse, nihayetinde ruhban sınıfını lâiklerden ayıran; kilise içinde iki kısıma ayıran Gregoryen reformudur. Bu bölünme çok kısa sürede giderek daha fazla vurgulanmış ve "kilise" ve "kiliseye devam edenler" lâiklerin zıddını temsil etmeye başlamıştır". Roma Katolik Kilisesi'nin sürekliliğinin kesintiye uğramadığına inanan ve Papa VII. Gregorius'un "soyut ilkeleri somut idari eylemlere tercüme etmeye" yazan Walter Ullmann bile nihayetinde Gregoryen Reformunu "soyut ilkelerin ilk somut uygulanışı" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Walter Ullmann, *The Growth of Papal Government* (London, 1955), s. 262. Ullmann on birinci yüzyılın ikinci yarısındaki papalığın "sadece bir 'Reform' papalığı" olmadığını; "amacını bazı kötülüklerin ve istismarların ortadan kaldırılmasıyla sınırlamadığını" yazmaktadır. "Papalığın yapmaya çalıştığı şey dinî akidelerin hayata geçirilmesiydi..." Başka deyişle papalık, "sadece reform"la ilgilenmiyordu, asıl ilgilendiği devrimdi.
R.W. Southern, *Western Society and the Church in the Middle Ages* [Harmondsworth, 1970] adlı klasik çalışmasında (s. 34); 1050'den sonraki altmış ya da yetmiş yıl içinde, Avrupa'nın ekonomik şartlarının, dinî ideallerinin, yönetim biçimlerinin ve ritüellerinin ana hatları "hemen her bakımdan" değiştiğini belirtmektedir. "Seküler yönetici rahip-benzeri görkemli konumundan edilmiş; papanın hem ruhani hem

de seküler ilişkilere müdahale etme ve onları yönlendirme yetkisinin olduğu varsayılmış; Benedikten Tarikatı dinî hayat üzerindeki tekelini yitirmiş; hukuka ve teolojiye yepyeni bir itki kazandırılmış ve fiziki dünyayı anlamaya ve hatta denetlemeye yönelik çeşitli adımlar atılmıştır. Avrupa'nın genişlemesi hevesli bir biçimde başlamıştır. Bütün bunların çok kısa bir sürede gerçekleşmesi Orta Çağ tarihinin en dikkate şayan olgusudur.

Yves Congar aydınlatıcı çalışmasında şöyle demektedir: "Reform Aziz IX. Leo (1049-1054) ile başlamış ve Aziz VII. Gregorius'un zindeliğiyle devam etmiştir. Gregorius, genel olarak kilise öğretisinde ve özel olarak otorite nosyonunda kararlı/belirleyici bir dönüm noktasını temsil etmektedir". Congar, Gregorius'un konumunu destekleyen hukuki metinlerin kanon hukukunun biliminin başlangıcına damga vurduğuna ve Gregorius'un programının hünerinin mutlak adaleti ya da ilahi hukuku kilise hukukunun, yasal otoritesinin merkezinde papanın bulunduğu kilisenin yeni sistemine tercüme etmesinde yattığına işaret etmektedir. "Temsilcisine itaat eden Tanrı'ya gerçekten itaat etmiş olur" diye yazar Congar. On birinci yüzyıldan bugüne kilisenin otoritesinin ve özellikle papanın üstün iktidarının hukuk terimleriyle ifade edilmeye başlandığını da belirtir. Örneğin ancak bundan sonra "papalık mahkemesi" (*papal curia*) ilk kez papalığın meskenini; piskoposluk mahkemelerinde verilen bütün hükümlerin otomatik olarak gözden geçirildiği hukuk mahkemesi olarak adlandırmak için kullanılmaya başlamıştır. Bkz. Yves Congar, "The Historical Development of Authority in the Church: Points for Christian Reflection", John M. Todd, ed., *Problems of Authority: An Anglo-French Symposium* (London and Baltimore, 1962) içinde, ss. 139-140.

Büyük Fransız sosyal ve ekonomik tarihçi Marc Bloch şöyle yazmaktadır: "Gregoryen reformu olağanüstü güçlü bir hareketti, buradan yola çıkılarak hiç abartmadan denilebilir ki Latin Hıristiyanlığı'nın belirgin oluşumuna ve tesadüfî olmayan bir biçimde de doğu ve batı kiliselerinin ayrılmasına denk düşmekteydi. Bu hareketin ruhunun tezahürü çeşitli biçimlerde olmakla birlikte -çağdaşlarının farkında olduğundan daha devrimci bir ruhtu- özü birkaç kelimeyle şöyle özetlenebilir. Gregoryen Reformu, kutsal olanla olmayanın neredeyse ayrılamaz biçimde karıştığı bir dünyada, hem kiliseye bırakılan ruhani görevin biricikliğini ve üstünlüğünü ilan etti hem de papazları sıradan bir dindardan ayrı ve üstün bir yere yerleştirmeye çalıştı. Marc Bloch, *Feudal Society*, s. 107. Bloch ayrıca "birinci feodal çağ" ve "ikinci feodal çağ" olarak adlandırdığı dönemleri birbirinden ayırarak, kilise bünyesindeki devrimci ruhun çeşitli bakımlardan aynı zamanda meydana gelen büyük sosyoekonomik değişimle ilişkili olduğunu ileri sürmektedir. "On birinci yüzyılın yarısına dek" diye yazar Bloch "toplumsal faaliyetlerin bütün grafiklerini etkileyen hayli derin ve hayli yaygın değişimler yaşanmıştır" (s. 60). Bloch ayrıca (s. 70), ruhani ve sosyoekonomik değişimlere ek olarak "uçsuz bucaksız kültürel bir gelişmenin" de yaşandığına ve toplum hakkında düşünmenin yeni bir yolunun bulunduğuna işaret etmektedir. Burada Bloch, on birinci yüzyılın ikinci yarısında "toplumsal yaşamın gerçekliklerini yöntemsel olarak tanımlanabilecek ve bilinçli bir biçimde incelenebilecek bir şey olduğunu kabul etmeyi sağlayan" hukuk felsefesinin yeniden canlanmasının önemini vurgulamaktadır. Yeni hukuk eğitimi, inceleme konusu ne olursa olsun akıl yürütme alışkanlığını yerleştiriyordu". Sonuç olarak, on ikinci yüzyılın sonlarında "eyleyenler (eylem adamları) kendi devirlerinde, atalarının ulaşabildiğinden daha etkili zihinsel analiz araçlarına sahiptiler".

Papa XXII. John'un başlattığı son reform hareketi boyunca radikal değişimi savunan ve sayıları giderek artan Romalı Katolikler, bir dönemin sona erdiğini görerek Papa VII. Gregorius'a kilise tarihinde yeni bir dönemi başlatan olarak atıfta bulunmaya başlamıştır. Bkz. Hans Küng, *The Church* (New York, 1967), s. 384.

Seküler tarihçilerin arasında ise Papalık Devriminin önemi, "on ikinci yüzyılın" modern Batı kurumlarının, düşüncesinin ve sanatının oluşum dönemi olarak yeniden keşfedilmesiyle birlikte kâh açıklığa kavuşturulmuş kâh belirsizleştirilmiştir. İngiliz-dili edebiyatı C.H. Haskins'in *Renaissance of the Twelft Century* [(Cambridge, Mass., 1927] adlı eserinde on ikinci yüzyıla dek gitmektedir. Ayrıca bkz. Marshall Claggett, Gaines Post, and Robert Reynolds, *Twelft-Century Europe and the Foundations of Modern Society* (Madison, Wis., 1961); Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (New York, 1972); Sidney R. Packard, *Twelft-Century Europe: An Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973); Norman F. Cantor, *Medieval History: The Life and Death of a Civilization* (New York, 1963). Cantor, Gregoryen reformundan Reform Hareketi, Fransız Devrimi ve Rus Devrimi'ni yerleştirdiği "batı tarihinin muazzam devrimlerinin ilki" olarak bahseder. Doğrusu burada bahsedilen 1100'den 1200'e kadar olanlar değil 1050'den 1150'ye dek gerçekleşen köklü değişimlerdir.

Marc Bloch'un yazdığı üzere, "on birinci yüzyılda Fransa'da müthiş epik şiirlerin ortaya çıkışı, gelmekte olan çağın uçsuz bucaksız kültürel gelişmesini haber veren işaretlerden birisi olarak görülebilir. Bu hareketi tarif etmek için sıklıkla 'on ikinci yüzyılın rönesansı" denir. Rönesans sözcüğü hakkıyla yorumlandığında ise yeni bir gelişmeden ziyade bir (yeniden) canlanmayı ifade etmektedir ve bu açıklama kabul edilebilir -elbette tarih dizimi içinde anlaşılmaması koşuluyla. Her ne kadar demografik ve ekonomik değişimler gibi en erken belirtileri 1100'den yirmi veya otuz yıl öncesinde görülmeye başlansa da [bu] hareket asıl başarısına on ikinci yüzyılda ulaşmıştır". Bloch, *Feudal Society*, s. 103.

Joseph R. Strayer, VII. Gregorius ve onunla birlikte anılan on birinci ve on ikinci yüzyıldaki gelişmeleri, modern seküler devlet fikrinin kaynağı olarak atıfta bulunmaktadır. Bkz. *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N.J., 1970), s. 22. Benim de bu kitaptaki ana izleklerimden birisi budur.

Atama Mücadelesi sonrası dönemdeki Avrupalı yönetimlerin anayasal ve hukuki yapısındaki devrimci değişimlerin detaylı bir incelemesi için bkz. Heinrich Mitteis'in önemli kitabı, *Der Staat des hohen Mittlealters: Grundlinien einer verleichenden Versfassungsgesichte des Lehnezialters*, 4th ed. (Weimar, 1953), trans. H.F. Orton [*The State in the Middle Ages: A Comparative Constitutional History of Feudal Europe* (Amsterdam, 1975)]. Mitteis bu dönem boyunca yaşanan değişimlerden "anayasal devrim", "politik düşüncede devrim" ve hukuktaki "devrimci değişiklikler" olarak bahsetmekte tereddüt etmez. Benzeri bir yaklaşım Waler Ullmann'ın şu önemli kitabında da gözlenir; bkz. *Law and Politics in the Middle Ages* (London, 1975). Ancak Ullmann, Atama Mücadelesi öncesi ve sonrası dönemler arasında keskin bir ayrım yapmaz.

Ayrıca bkz. Peter Brown, "Society and the Supernatural: A Medieval Change", *Daedalus*, Spring 1975, s. 133. Brown, köklü değişimlerin, bu bölümün içindekiler kısmı olarak yararlanılabilecek bir katalogunu sunmaktadır. Brown şöyle yazmaktadır (s. 133-134): "atama rekabeti yaşanan dönemde (Papa VII. Gregorius'un [1073-1085] adının karıştığı bir rekabet) ruhban sınıfı ile lâikler arasındaki yeni ilişki, gerçekte Batı toplumunun istikametindeki yaygın ve kaçınılmaz bir değişim süreci olarak aniden ortaya çıkmıştır. On birinci yüzyılda feodal savaşçı [şövalye]

edilen bu devrimci dönüşümün bütün boyutlarını yeterince aksettirmemektedir. Zira nihayetinde orada gerçekleşen şey nükleer füzyon ile kıyaslanabilir bir enerji salınımı ve yaratıcılık sonucunda, Peter Brown'ın sözleri ile "iki alanın; kutsal alan ile din dışı alanın bağlarının kopması"dır.[2]

Kilise ve İmparatorluk: Cluny Reformu

On birinci yüzyılın sonlarından evvel Batı Hıristiyanlığı'nın ruhban sınıfı (piskoposlar, rahipler ve keşişler) kural olarak papadan ziyade imparatorların, kralların ve önde gelen feodal lordların otoritesi altındaydı. Bir kere kilisenin mülkünün çoğu tam da bu imparator, kral ve feodal lordlara aitti. Mülk sahibi oldukları için de sadece kilisenin topraklarını ve gelirlerini denetlemiyor aynı zamanda mülk sahibi olarak kendi yakın akrabaları arasından seçtikleri insanları piskoposluklara ve kilisenin diğer makamlarına atıyorlardı. Kilise makamlarına böylesi bir atama yetkisi çoğunlukla hayli kârlıydı (*"benefices"* ["arpalık"]) çünkü bu makamlar kendilerine tahsis edilen topraklardan irat ve hizmet elde etmekle yükümlüydü. Bu nedenle bir piskoposluk genellikle tarım ekonomisini idare eden ve askerî görevleri yerine getiren lordu ve işgücünü oluşturan serfleri ile büyük bir feodal arazi idi. Piskoposluk dâhilindeki daha küçük bir kilise de -küçük bir papaz evi bulunan bir köy mesela- kârlı bir mülk olabilirdi zira

---

sınıfı ayrı bir grup olarak belirirken on ikinci yüzyılda kent hayatı ve yeni ticari profesyonalizm yerleşmiş[tir]... Biz bu alışılmadık istikametle hukukun ve örgütlenmenin biçimlerinde karşılaşırız: sözlü hukuktan ve örf ve âdet hukukundan yüzyıllar sonra yazılı kanunnamelerin ortaya çıkışı, Bologna Okullarından Roma hukukunun okutulması, Hıristiyan kilisesinin kanon hukukunun ve teolojisinin kodifikasyonu (Gratianus'un *Decretum'u* ca. 1140 ve Lombardiyalı Peter'ın *Sentences'ı* ca. 1150)... Sayısız yeni idari girişim ve on ikinci yüzyılın Avrupa'sının tamamını kapsayan yeni toplumsal örgütlenme biçimi denemeleri. Nihayet... kendini-ifade etmeyi tecrübe etmenin biçimleriyle karşılaşırız".

Otoritelerin sıraya koymasına rağmen Orta Çağ'da Avrupa'nın tarihsel sürekliliğinde köklü bir kırılma yaşandığına dair şüphecilik geleneksel görüşlerden biri olarak varlığını sürdürmektedir. Sidney R. Packard şöyle yazmaktadır: "Her ne kadar 1100 ve 1200'lerdeki Avrupa hükümetlerinin karşılaştırılması pek çok önemli değişikliği açığa çıkaracaksa da kimi yazarların bu bölgede bir başka 'devrim' uydurma girişimleri en güvenilmez kanıtlara dayanmaktadır". Packard, *Twelft-Century Europe,* s. 321. Belki de değişimin kademeli sürekliliğine olan inanç, 1075 ile 1225 arasındaki bir buçuk yüzyılda Avrupa'da yeni hukuki kurumların ortaya çıkışına ilişkin olarak tam da burada sunulan maddi kanıtlarla alt-üst olacaktır.

[2] Brown, "Society and the Supernatural", s. 134.

efendi tarım ürünlerinden ve diğer ekonomik faaliyetlerden pay almaya yetkiliydi.

Kilise, politik ve ekonomik tabiyetine ek olarak, kendi içyapısı itibarıyla da ruhban sınıfından olmayanların denetimine tabiydi. İmparatorlar ve krallar kilise konsüllerini ilan ediyor ve kilisenin yasalarını yayımlıyordu. Piskoposlar ve önde gelen din adamları da -yerel, feodal kurumlarda ve krallığa ve imparatorluğa ait- yönetim kurumlarında yer alıyordu. Piskoposluk çoğunlukla sivil yönetimin esas temsilcilerinden birisiydi. Piskoposlar feodal hiyerarşinin önemli üyelerindendi. Rahiplerin evlenmesi -ki, çok yaygındı- onların yerel yöneticilerle önemli akrabalıklar kurmasını sağlıyordu. İmparatorlar ve krallar piskoposlara sadece sivil ve feodal yetkilerini değil aynı zamanda dinî yetkilerini de bahşediyordu. Böylece dinî ve siyasi alanlar birleşiyordu. Bir piskoposun yargı yetkisine ilişkin bir anlaşmazlık Roma'da ya da bölgesel bir kurulda sonuca bağlanabildiği gibi kralın ya da imparatorun mahkemesinde de sonuçlanabilirdi.

Bu sistem, Doğu Roma İmparatorluğu'nda hüküm süren ve daha sonraları Batı'da sezaro-papacılık (*ceasaropapism*) olarak adlandırılan sistemle benzerlik taşıyordu.

Ancak yine de kralların ve imparatorların lâik (ruhban sınıfından olmayan kimseler) olduğunu söylemek tamamıyla doğru değildir. Başka deyişle 1075'te papa onları "lâik" diye adlandırmadan evvel krallar ve imparatorların tartışılmayan dinî işlevleri vardı. Elbette Ruhban sınıfından değillerdi; yani papaz olarak atanmamışlardı. Bununla beraber krallar ve imparatorlar "İsa'nın temsilcileri" idiler; halklarının dinî liderleri olarak düşünülen kutsal figürlerdi. Onların kutsal yağla kutsandıkları ve şifacı oldukları söyleniyordu. Özellikle imparatorun Hıristiyan âleminin en üstün ruhani lideri olduğu iddia ediliyordu, öyle ki, papayı hiçbir ölümlü yargılayamazdı buna mukabil o bütün insanları yargılardı ve Kıyamet gününde herkesten sorumluydu.[3]

Charlemagne imparatoru ya da IV. Henry Roma imparatorla-

---

[3] İmparator III. Henry, 1046 yılında üç papayı azletmesini kendisinin İsa Mesih'in temsilcisi olduğu gerekçesiyle temellendirmiştir. Bkz. Southern, *Western Society*, ss. 104-105. Daha sonra IV. Henry, Papa VII. Gregorius'a şöyle yazmıştır: "Kutsal Babamızın geleneklerine göre sadece Tanrı yargılayabileceği... Bana dokunma cüretini gösterdiniz". Bkz. Geoffrey Barraclough, "The Investiture Contest and the German Constitution", Scafer Williams, ed., *The Gregorian Epoch: Reformation, Revolution, Reaction?* (Lexington, Mass., 1964) içinde, s. 63.

rı Sezar, Agustus ya da Konstantin ile karıştırılmamalıdır. Her ne kadar eski Roma'nın devamı yanılsaması sürdürülse de Karolenj terimi olan "*empire*- imparatorluk" (*imperium*) bir toprağı ya da halkların birliğini ifade etmez, *imperium* daha ziyade, esasında eski Roma İmparatorluğu'ndan hayli farklı olarak, imparatorun yetkisinin doğasını ifade etmektedir. Sezar'ın aksine Charlemange ve halefleri uyruklarını imparatorluk bürokrasisi ile yönetmemiştir. Roma yahut İstanbul (*Constantinople*) ile kıyaslanabilecek bir başkent yoktu, gerçekten de Sezar'ın kentlerle donatılmış imparatorluğunun tam aksine Charlemagne ve haleflerinin neredeyse hiç kenti yoktu. Bunun yerine imparator ve ailesi, sahip oldukları geniş topraklarda bir ana merkezden diğer bölgelere seyahat ederdi. Charlemagne, anavatanı olan Frank-Cermen topraklarında olduğu kadar Fransa, Burgonya, İtalya ve Macaristan'da da seyahat ederek sürekli hareket halindeydi. Neredeyse tamamıyla yerel bir ekonomide ve kabile liderleri ile bölgesel liderlere üstün yetkiler veren bir siyasi sistemde imparatorun hem imparatorluğu düşman saldırılarına karşı savunacak olan kabile ordularının koalisyonunu sürdürme yönünde askerî bir görevi; hem de imparatorluğun Hıristiyan inancını yeniden dirilebilecek olan paganizme karşı koruma yönünde ruhani bir görevi vardı. İmparator, uyruklarını ve topraklarını yargı yetkisini elinde tutarak yönetiyordu ve ilk ve en üstün yargıçtı. İmparator bir yere gittiğinde şikâyetleri dinler ve yargılama yapardı; aynı zamanda zayıf ve fakirlerin, dulların ve yetimlerin koruyucusuydu.

İmparatorluk coğrafi bir bütün değil fakat askerî ve ruhani bir otorite idi. 1034 yılına dek Roma İmparatorluğu olarak; 1254 yılına dek de Kutsal Roma İmparatorluğu olarak adlandırılmamıştır.

Onuncu yüzyılda ve on birinci yüzyılın başlarında kiliseyi yerel ve feodal etkilerden ve kaçınılmaz olarak bu etkilere eşlik eden yozlaşmadan arındırmak yönünde güçlü bir hareket vardı. Bu harekette öncü rol oynayan taraflardan birisi, adını merkezinin bulunduğu güney Fransa'daki bir yerleşim yerinden alan Cluny Manastırı idi. Cluny, hukuki bakış açısıyla bakıldığında özel bir önemi haizdir, zira bütün Avrupa'ya yayılmış manastırlar arasında tek bir başa tâbi olan ilk manastır düzenine sahiptir. Cluny'nin 910 yılında kurulmasından evvel her Benedikten manastırı, genellikle yerel piskoposluğun altında bir başrahip tarafından yönetilen bağımsız bir birimdi ve diğer Benedikten ma-

nastırlar ile arasında sadece gevşek bir federal ilişki vardı. Öte yandan düzen kurulduktan sonraki bir yüzyıl içinde sayıları binlere ulaşan Cluny manastırlarının hepsi (merkezî) Cluny Manastırı'nın yargı yetkisi altındaki başrahipler tarafından yönetilmiştir. Bu nedenle Cluny ilk yerel-aşan birlik olarak adlandırılmış[4] ve bu bağlamda Roma Katolik Kilisesi'nin örgütlenişine bir model oluşturmuştur.

Cluny'nin yerel-aşan, hiyerarşik bir yönetim birliği olarak önemi, onun Avrupa'daki ilk barış hareketini destekleyen birlik olarak önemi ile örtüşmektedir. Onuncu yüzyılın sonuna dek güney ve orta Fransa'nın farklı bölgelerinde düzenlenen bir dizi kilise kurulu toplantısında "Tanrı'nın Barışı" fikri sadece ruhban sınıfı tarafından değil fakat seküler yöneticiler tarafından da resmî olarak onaylanmıştır. Kilise kurullarının barış kararnameleri ayrıntılarda farklılaşmakla birlikte; ruhban sınıfı, hacılar, tacirler, Yahudiler, kadınlar ve köylüler ile kilisenin mülküne ve tarım arazilerine yönelik savaşçı ya da öç almayı amaçlayan her türlü eylem aforoz ile cezalandırılarak yasaklanmıştır. Dahası bu kurullar barışa olan desteklerini güvence altına almak için yemini bir araç kullanmışlardı; başka deyişle barışı korumak için hep birlikte yemin etmişlerdir. Örneğin 1038'deki Bourges Konsülü'nde başpiskoposun yetki alanındaki her yetişkin Hıristiyan'ın barışa zorlayacak özel askerî birliklere girmek için bu yemini etmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Batı Avrupa'nın pek çok bölgesine yayılan bu barış hareketi, savaşa katılmayanların korunmasına ek olarak belirli günlerde savaşmanın yasaklanmasını da kapsamıştır. Cluny Başrahibi Odilo (994-1049) tarafından yazılan "Truce of God" (*Tanrı'nın Ateşkesi*) ilkin Cumartesi akşamüstünden Pazartesi sabahına dek, sonra da Çarşamba akşamından Pazartesi sabahına dek ve bazı azizlerin günleri ile Paskalya Perhizi ve Noel'den önceki dört Pazar boyunca savaşılmayacağını söylemektedir.

Cluny'nin ve kilisenin genellikle belli sınıflara mensup olanları askerî hizmetten ve kendilerine ve mülklerine gelebilecek saldırılardan muaf tutmaya ve belirli zamanlarda savaşı sınırla-

---

[4] Bkz. Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, s. *506*. David Kanowles, Cluny Tarikatı'nın on birinci yüzyıla dek tamamen merkezileşmediğini ve uygulamada da Sistersiyen tarikatının on ikinci yüzyılda olduğundan daha gevşek bir biçimde örgütlendiğini belirtmektedir. Aktaran Williams, *The Gregorian Epoch*, s. 39.

maya yönelik çabaları, onuncu ve on birinci yüzyıllar gibi şiddet ve anarşi çağında ancak kısmen başarılı olabilirdi. Yine de barış hareketinin gelecek için özellikle de Batı hukuk geleneğinin geleceği için önemi muazzamdı zira grupların barış için kolektif yemin etme deneyimleri on birinci yüzyılın sonlarında kentlerin ve kentlerde loncaların ortaya çıkışında ve dükler, krallar ve imparatorlar tarafından dükalığın ya da krallığın barışı ve dünya barışı (*pax terrae, Landfriede*) için yasa yayınlamalarında hayati bir rol oynamıştır.

Bütün bunların ötesinde Cluny manastırları ve reform meclisleri, feodal ve yerel yöneticilerin özellikle kilise makamlarının alım-satımında (*simony*) belirginleşen ruhani yetkilerine saldırarak dinî hayatı güçlendirmenin ve piskopos ve rahiplerin yerel ve kabilesel politikalara dâhil olmalarına sağlayan evlilik ya da nikâhsız birlikteliklerini (*nicolaism*) önlemenin yollarını aramışlardır. Ancak bütün bu çabaların başarılı olabilmesi güçlü bir merkezî iktidarı gerektirmekteydi. Papalık bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için çok güçsüzdü; esasında o zamanlar papalar Roma şehrinin asilzâdelerine tabiydi. Clunyler, bugün Batı Almanya, Doğu Fransa, İsviçre ve Kuzey İtalya'yı kapsayan bölgeyi yöneten imparatorların, Charlamagne'nın haleflerinin desteğini başarılı biçimde sağlamışlardır. Buna karşılık imparatorlar da Clunyler'in ve diğer reform hareketlerinin desteğini aldıkları için memnunlardı zira bu destek sayesinde imparatorlar zaman içinde papayı atama yetkisini Romalı soylulardan almışlardır.

Kilise ve devletin ayrılığına ilişkin modern görüşlerin aksine 1000 yılında kilise, siyasi otoritelerin karşısında duran görünür, tüzel ve hukuki bir yapı olarak değerlendirilmiyordu. Bunun yerine kilise (*ecclesia*), hem seküler hem de dinî liderler (*regnum* ve *sacerdotium*) tarafından yönetilen Hıristiyan halklar (*populus christianus*) olarak değerlendiriliyordu. Charlemagne'ın 800 yılında papa tarafından takdis edilmiş imparator olarak tacını giymeden çok evvel, Cahrlemagne'ın sâdık hizmetkârı âlim ve kilise adamı Alcuin, onu *imperium christianum*'un ("Hıristiyan İmparatorluğu") yöneticisi olarak anmıştır. Charlemagne'nın kendisi de 794 yılında Frankfurt'ta hem teolojik doktrinde hem de kilise hukukunda önemli değişiklikler getiren "evrensel" bir kilise konsülü toplamıştır. Kimi tarihçiler Papa II. Leo'nun Charlemagne'ı imparator yaptığını iddia etseler de Charlemagne'ın Leo'yu papa yaptığını söylemek gerçeğe daha yakın olacaktır.

Zaten 813 yılında Charlemagne kendi oğluna, kilisenin resmî onayı olmadan imparator tacını giydirmiştir.[5] Gerçekten daha sonraki Alman imparatorları papanın seçimi esnasında imparatora bağlılık yemini etmesini şart koşmuşlardır. Din adamlarının lâikler tarafından atanmasının bir kilise meclisi tarafından ilk kez yasaklandığı 1059 yılından önceki yüz yıl boyunca papalık makamında oturan yirmi beş papanın yirmi biri imparatorlar tarafından atanmış ve bunlardan beşi imparatorlar tarafından görevinden alınmıştır. Daha önemlisi kendi bölgelerindeki piskoposları denetleyen sadece Alman imparatorları değildi. Diğer Hıristiyan yöneticiler de aynısını yapmıştır. 1067'de Fatih William, Normandiya ve İngiltere'de bir papanın kilise tarafından tanınıp tanınmayacağını belirleme yetkisinin krala ait olduğunu bildiren ünlü kararnameyi çıkarmıştır. Yine aynı kararnameye göre kilisenin yasalarını da kendisinin topladığı kilise meclisleri aracılığıyla kral çıkaracaktır ve kral kendi baronlarına ve memurlarına kilise tarafından verilen cezaları veto etme yetkisine sahiptir.

İmparatorluğun ve krallığın kilise üzerindeki denetimine, kiliseyi, baronluk rejiminin ve yerel politikaların ve ekonominin yozlaştırıcı etkilerinden kurtarmak için ihtiyaç duyulmuştur. Yine de Cluny Reformu'nun bu temel hedefi aşılması güç bir engelle karşılaşmıştı: Ruhban sınıfı her düzeydeki politik ve ekonomik yapıda öyle bir ağa dolanmıştı ki, oralardan çekilip çıkarılamazdı. Manastır düzenleri onuncu ve on birinci yüzyılların reformcu imparatorlarının himayesi altında temizlenebilir ve papalık güçlenebilirdi ancak kilise bağımsız olmadığı için tümüyle radikal olarak yeniden biçimlendirilemezdi. Dinî makamların alınıp satılması (*simony*) ve ruhbanların evlenmesi (*nicolaism*) yakıcı sorunlar olarak kalmıştır.

Ruhbanların evlenmesi (*nicolaism*) dar anlamıyla sadece ahlaki bir mesele değildi, fakat aynı zamanda toplumsal, siyasi ve ekonomik bir meseleydi. Kabilesel ve feodal yapıda evlilik, beraberinde rahipliği getiriyordu. Evlilik aynı zamanda bazı kilise makamlarının rahiplerin oğulları ya da diğer akrabaları tarafından miras olarak alınmasını da kapsıyordu. Bu durum en azından kilise makamlarının alınıp satılmasını sınırlandırıyordu. Eğer herhangi bir kilise makamı tereke konusu olamayacaksa din görevlilerini bu makamlara atama yetkisi lâiklerin elinde kalır

---

[5] Bkz. F.L. Ganshof, *The Imperial Coronation of Charlemagne,* (Glasgow, 1971).

mıydı? Daha temelde eğer rahipler evlenemeyecek ve onların mirasçıları olmayacaksa, imparator ve krallar çok sayıda yüksek dinî makama gerekli atamaları yapacak kadar ruhani bakımdan ehil olacak mıydı? Peki ya feodal lordun isteğine göre doldurulan daha aşağı seviyedeki dinî makamlar söz konusu olduğunda ne olacaktı?

Ruhban sınıfının özellikle de papalığın, makamları aydın ve kutsal olsa da kendileri din adamı olarak atanmayan kişilere tâbi olmaları nedeniyle daima bir gerilim mevcuttu. Dördüncü yüzyılın sonunda Milano Piskoposu Aziz Ambrose "Saraylar imparatorlara kiliseler de rahiplere aittir" demiş ve İmparator Theodosius'u aforoz etmiştir. Aforoz cezasını ise ancak imparator kefaretini ödedikten sonra kaldırmıştır. Bir yüzyıl sonra ise Papa I. Gelasius İmparator Anastasius'a şöyle demiştir: "Esas olarak bu dünyayı yöneten iki hükümdar vardır; ruhbanların kutsal otoritesi ve kraliyetinki... Eğer bizzat piskoposlar ilahi varlık tarafından size bahşedilen imparatorluk makamını tanıyarak kamu düzeni ile ilgili olduğu sürece yasalarınıza itaat ediyorlarsa... sorarım size, sizin de kutsal sırları tedvir etmekle görevli olanlara (dinî meselelerde) itaat etmeniz gerekmez mi?"[6] Bu, "çifte kılıçlar" kuramının esas halidir: Ruhban sınıfı kutsal sırlarla meşgul olurdu, imparatorlar ise kiliseninkiler de dahil olmak üzere yasaları yapardı. Frank kralları ve imparatorları sıklıkla papaların ve piskoposların desteğine bağımlıydı ve dinî meselelerde onların üstünlüğünü kabul etmişti. Kilise'nin özerkliği düşüncesinin derin kökleri Kutsal Kitap'ta da bulunuyordu. Yine de Frank imparatorları, onuncu ve on birinci yüzyıldaki Cermen imparatorları ile Fransız ve İngiliz kralları -İspanyol, İskandinav, Dan, Leh, Bohemyalı, Macar ve diğer yöneticiler de- dinî meselelerde dahi piskoposları idare etmiştir, daha önceki Bizans imparatorlarının yaptığı gibi. Dahası, kendilerine tâbi dinî makamları nişanlarla donatmışlardı. Frank imparatorları ve kralları, piskoposlara kendilerinin episkopal yetkilerini temsil eden yüzük ve asa vermişler ve şu sözlerle seslenmişlerdir: "*Accipe ecclesiam*" (Kiliseyi kabul et!) Bu, seküler ve dinî, her iki kılıcı da aynı kişiye vermekte-

[6] Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300, with Selected Documents* (Englewood Cliffs, N.J., 1964), ss. 13-14. Bu bölümü destekleyen belgeler Tierney'nin kitabında bulunabilir. Bkz. Brian Tierney and Sidney Painter, *Western Europe in the Middle Ages, 300-1475* (New York, 1978).

dir. İmparator ve kralların meşruluğu kutsanmıştı, kutsal yöneticilerdi; "İsa'nın temsilcileri". Roma piskoposunun (eşitler arasında) birinci olduğu pek çok piskopos vardı fakat tek bir imparator vardı ve her krallıkta da sadece bir kral.

Roma piskoposu "Aziz Peter'ın temsilcisi" unvanına sahipti ve "İsa'nın temsilcisi" unvanını on ikinci yüzyılda kazanmıştı. Ancak bundan sonra imparator "İsa'nın temsilcisi" unvanından feragat etmek zorunda kalmıştı. Papa, İsa'nın temsilcisi olarak, birisini doğrudan diğerini dolaylı, her iki kılıcı da kuşanmıştı. Şimdi artık pek çok seküler yönetici ama sadece bir papa vardı.

Roma piskoposunun eşitler arasında birinciliği, dördüncü belki de üçüncü yüzyıl kadar erken bir dönemde ileri sürülmüştü ve nadiren -katiyen daima değil- diğer önde gelen piskoposlar tarafından da kabul edilmişti. Ne var ki, bu "birincilik" pek çok başka anlama gelebilirdi. Batı'da kilise büyük ölçüde merkezîleşmediği ve lâik yöneticilerin denetimi altında olduğu sürece papalık kaçınılmaz olarak güçsüz kalmış ve kendisi de güçsüz olan imparatorluk ile yakından ilişkili olmuştu. Bu nedenle yerel piskoposların ve kiliselerin kendilerini yerel lordlardan özgürleştirme mücadelesi ya imparatorluğun ya da papalığın otoritesine yahut her ikisine birden başvurma biçimini almış olabilir. Çatışma çok nadir olarak yüksek mevkilere çıkmıştır. Dikkat çekici bir örnek dokuzuncu yüzyılın ortasındaki yaşanan ve *Pseudo-Isidore* ya da *False Decretals* (Sahte Emirler) olarak bilinen sahtecilik vakasıdır. *False Decretals* dördüncü yüzyıldan o zamana yanlışlıkla papalara ve konsüllere atfedilen devasa bir belge ve karar derlemesiydi; imparator tarafından da desteklenen Rheims Başpiskoposu'nun kendisine bağlı ruhbanların bir anlaşmazlığı çözmek için Roma'ya başvurmalarını önlemeye yönelik çabalarına karşı yöneltilmişti. Aslında yazar, bu amacını gerçekleştirmek için episkopal otoritenin o zamanki ve öncesindeki doğasına dair bir şeyler söyleyen yığınla belgeyi birbirine karıştırmak zorundaydı. *Pseudo-Isidore* Roma'da yazılmamıştı ve papalığın orijinal metinde yazanlardan çok daha farklı olan amaçlarını meşrulaştırmak için bu belgeleri kullandığı zamana, üzerinden iki yüz yıl geçene kadar, papalar tarafından genellikle kabul edilmemişti. Dokuzuncu yüzyılın son yarısında Papa I. Nicholas (856-867), kendisinin rızası olmadan kimsenin piskoposluk icra edemeyeceğini; kralların da ruhbanları yargılamayacağını ve ruhbanların kralın yargısından muaf olduklarını belirterek papalığın otoritesinin

sadece piskopos ve başpiskoposlar üzerinde değil fakat aynı zamanda imparatorlar üzerinde de geçerli olduğunu ileri sürmüştür. Yine belirtmeli ki, böylesi iddialar gündeme geldikleri zaman için değil fakat gelecek için daha önemliydi. Zira gündeme getirildikleri zaman imparatorluğun, kraliyetin ya da yerel lâik lordların kilisenin üzerinde oldukları gerçeğini değiştirmediler. Gerçekten de dokuzuncu yüzyılın sonları, onuncu yüzyıl ve on birinci yüzyılın başlarında papalığın saygınlığı en düşük seviyesindeydi ve papalığın saygınlığını yükseltmeye girişenler imparatorlardı.

Roma piskoposunun eşitler arasında birinciliği, Cermen krallarına da ordularını birkaç yılda bir Alplerden aşağı sürerek, kendilerinin Lombardlar ile Toskanalı ve Romalı asilzâdelere karşı Roma'nın koruyucusu oldukları iddialarını yeniden hâkim kılmaları için bir sebep veriyordu.

Dinî makamların alınıp satılması (*simony*) ile ruhbanların evlenmesinin (*nicolaism*) üstesinden gelemeyecekleri kadar derinlerde olduğu kanıtlanınca imparatorların ruhani otoritesi, on birinci yüzyılda giderek tuhaf hale gelmeye başladı. 1046 yılında, III. Henry imparatorluk tacını giymek için Roma'ya geldiğinde rakip üç papanın azledilerek dördüncüsünün seçildiğini gördüğü zaman Roma piskoposlarının imparatora tabi olması sadece tuhaf değil fakat skandal haline gelmişti. III. Henry'nin atadığı papa, atandıktan birkaç ay sonra makamında ölmüştü; ikincisi ise atandıktan birkaç hafta sonra. Her ikisinin de şehir içi işlere imparatorun müdahalesinden çekinen kliklerce/hiziplerce zehirlendiği söyleniyordu.[7] Üçüncü atanmış papa IX. Leo (1049-1053), III. Henry'nin akrabası ve yakın arkadaşı olmasına rağmen papalığın imparatorluğun piskoposluğu olduğunu reddederek bağımsızlığını ve imparatorluğun dışındakiler de dâhil olmak üzere diğer piskoposlar ve ruhbanlar üzerinde kendi iktidarını ilan etti.

Leo'nun papalığı sırasında himayesinde bulunan bir grup -Hildebrand'ın öncülüğünde- papalığın kilisedeki üstünlüğü düşüncesini savunan ve teşvik eden bir birlik oluşturdular. Birliğin başvurduğu araçlardan birisi papalığın programının yaygın tanıtımıydı. Sonunda yüzlerce kitapçığı da içeren büyük bir polemik literatürü oluştu ve farklı görüşlerin taraftarlarınca tedavüle sokuldu. Bir tarihçi bu dönemi "dünya tarihindeki ilk büyük pro-

---

[7] Tierney, *Crisis of Church and State*, s. 227.

paganda çağı" olarak adlandırmıştır.[8] Papalığın kitapçıkları Hıristiyanlar'a evlilik dışı birlikteliği olan ya da evli rahiplerin ayinlerine katılmamalarını; para karşılığı yapılan atamalara karşı koymalarını ve "kilisenin özgürlüğünü"-yani papanın altındaki ruhban sınıfının imparator, kral ve feodal lordlardan bağımsızlığını talep etmelerini tavsiye ediyordu. Nihayet 1059 yılında Papa II. Nicholas tarafından toplanan bir konsül, ilk kez Roma kardinallerinin papayı seçme haklarını ilan etti.

Papa'nın Buyrukları

1070'lerde kilisenin reform hareketini onuncu yüzyıl ve on birinci yüzyılın başlarında Cluny Reformcuları'nın yürüttüğü imparatorluğun otoritesinin güçlendirilmesine karşı bir hareket haline getiren Papa VII. Gregorius adıyla bilinen Hildebrand'dır. Gregorius seleflerinden çok daha ileriye gitmiştir. O, papanın bütün Hıristiyanlar'ın üzerindeki hukuki üstünlüğünü ve papanın altındaki ruhbanların bütün seküler otoriteler üzerindeki hukuki üstünlüğünü ilan etmiştir. Gregorius, papalar imparatorları azledebilmeli demiş ve İmparator IV. Henry'yi azletmiştir. Dahası Gregorius, bütün piskoposların papa tarafından atanması gerektiğini ve seküler otoriteye değil papanın otoritesine tabi olduklarını duyurmuştur.

Gregorius papalık tahtına iyi hazırlanmıştı. Zaten Papa II. Nicholas (1058-1061) ve Papa II. Alexander (1061-1073) dönemlerinde baskın güç kendisiydi. Gregorius, 1073 yılında, elli yaşındayken müthiş iradesi, gururu ve kişisel otoritesi ile adı çıkmıştı. 1050'lerden itibaren onunla birlikte papalığın üstünlüğü için mücadele eden Peter Damien (1007-1072), bir keresinde Gregorius'u işaret ederek "Benim kutsal şeytanım, senin iraden benim için emirdir; (emirlerin) kötü fakat meşru. Daima Tanrı'ya ve Aziz Peter'a hizmet ettiğim kadar sana da hizmet eden ben değil miyim?"[9] demiştir. Modern bilim insanlarından birisi Gregorius'u bunaltıcı bir görev duygusu olan bir adam gibi tarif ederek fikirlerini "korkutucu bir sertlik ve kahramanca bir ısrarla, ... kendisi ve başkaları için sonuçlarına bakmaksızın, en azından şu denebilir ki devrimci bir ateşle" dayattığını söylemektedir.[10]

---

[8] R. F. Bennet, Tellenbach'a Girişi, *Church, State,* ss. Xiv-xv.

[9] Aktaran Orville Presscott, *Lords of Italy: Portraits from Middle Ages* (New York, 1972), s. 43

[10] K.J. Leyser "The Polemics of the Papal Revolution", Beryl Smalley, ed., *Trends in Medieval Political Thought* (Oxford, 1965) içinde, s. 53.

Gregorius papa olur olmaz hedeflerini gerçekleştirmek için devrimci taktiklere başvurmakta tereddüt etmemiştir. Örneğin 1075'te bütün Hıristiyanlar'a bir birlikteliği olan ya da evli rahipleri boykot etmelerini ve onların yönettiği ayin ya da başka amaçlarla sundukları hizmetleri kabul etmemelerini emretmiştir. Böylece rahiplerin eşlerine ve çocuklarına olan sorumlulukları ile cemaatlerine olan sorumlulukları arasında bir seçim yapmaları gerekti. Bu karara muhalefetin sonucu olarak kilisede açık isyanlar başladı ve ruhbanların evlenmesine karşı çıkanlar dövüldü ve taşlandı. Bir yazar "Rahiplerin Kitlelerine Karşı Duranlara Karşı bir Savunma" başlıklı bir kitapçıkta Hıristiyanlığın "ayaklar altına alındığını" ifade etmiştir. Yazar "Kadınların örgü odalarında ve zanaatkârların işyerlerinde bile başka ne hakkında konuşulacak?" diye sormuş ve devam etmiştir: "Bütün beşerî yasalardaki karışıklık ... nüfusun arasındaki ani bir huzursuzluk, hizmetkârların efendilerine yeni ihanetleri ve efendilerin hizmetkârlarına güvensizliği, dostların ve eşitlerin arasındaki güvenin haysiyetsizce ihlal edilmesi, Tanrı tarafından verilen görevlere karşı komplolardan başka? ... ve bütün bunlara otorite tarafından, Hıristiyan âleminin lideri olduğu söylenenler tarafından arka çıkılıyor".[11]

Kendi ordusu olmadan papalık iddialarını yerine getirmeyi nasıl başaracaktı? Papalığın üstünlüğüne karşı olanların ordularının nasıl üstesinden gelecekti? Şiddetli bir itirazla karşılaşma ihtimali şöyle dursun papalık iddia ettiği evrensel yargı yetkisini nasıl kullanacaktı? Doğu Hıristiyan âlemi bir yana, yargı yetkisine dair de kimi iddialarda bulunduğu bütün Batı Hıristiyan âlemi üzerinde iradesini etkili biçimde nasıl gösterecekti?

---

[11] Aktaran ibid., s. 42.Ayrıca bkz. Karl F. Morrison, *Tradition and Authority in the Western Church, 300-1140* (Princeton, N.J., 1969), ss. 294-295. "IX. Leo, koyduğu yasaklara karşı Roma ve Manuta sinodlarında (dinî görevlerin alınıp satılmasına ve ruhbanların evlenmesine ilişkin olanlar) şiddetli protestolarla karşılaşmıştır. Lakin Gregorius'un sinodlara karşı çıkardığı kararlar da Avrupa genelinde benzeri direnişleri başlatmış... ruhbanların bekar kalmasına dair kararnamesi de aynı tepkiyle karşılaşmıştır. 1059'da Peter Damian'ın ruhbanların bekar kalması kuralını uygulama girişimi, kitlesel bir başkaldırıya neden olmuştur. IX. Stephen'ın altındaki Romalı ruhban sınıfı, din görevlilerinin itidalini "beyhude ve manasız" bulmuştur. Piskopos Brecia, II. Nicholas'ın ruhban sınıfının evlenmesini yasaklayan kararını okuduğunda, kendisine bağlı rahipler tarafından ölümüne dövülmüştür. Gregorius'un yasağını destekleyen başpapaza ise Paris Sinodunda saldırılmış ve Başpiskopos Rouen'e bağlı rahipler tarafından taşlanarak kilisenin dışına sürülmüştür. Cambria Kilisesi açıkça isyan etmiştir ve aynı durum kimi Cermen kiliselerinde de yaşanmıştır".

Bütün bu sorulara verilecek yanıtların önemli bir boyutu, hukukun iktidarın kaynağı ve denetimin aracı olarak potansiyel rolüydü. On birinci yüzyılın son on yılında papalık, ruhban sınıfının bağımsızlığını, ruhban sınıfı ve mümkünse toplumun bütün seküler kanatlarına üstünlüğünü destekleyebilecek hukuki dayanağı bulabilmek için kilisenin yazılı kayıtlarını araştırmaya başladı. Papalık bu esaslı siyasasını hayata geçirebilmek amacıyla dönemin âlimlerini bir hukuk bilimi geliştirmeleri yönünde teşvik etti. Aynı zamanda imparatorluk da papalığın gasp ettiklerine karşı kendi davasını savunmak için eski metinleri araştırmaya başladı.

Öte yandan ne papalığın ne de imparatorluğun davasını üstlenebilecek bir mahkeme vardı -papanın ya da imparatorun bizatihi kendisinden başka. Aslında mevcut durumda başlı başına devrimci olan unsur da buydu. 1075'te Papa VII. Gregorius meseleye "kendi vicdanından bakarak" *Dictatus Papae* (Papa'nın Buyrukları) adlı bir belge ile cevap verdi. Metin yirmi yedi kısa ve özlü sözden oluşuyor ve görünen o ki, papanın kendisinden başka hiç kimseye hitap etmiyordu. *Dictatus Papae*'de yer alan hükümlerin bazıları aşağıdaki gibidir:

1. Roma kilisesi münhasıran Tanrı tarafından kurulmuştur.
2. Roma piskoposluğu haklı olarak evresel olarak adlandırılmıştır.
3. (Roma piskoposu) piskoposları azledebilir ve görevine iade edebilir.
4. Roma piskoposu papanın elçisidir ve bir konsülde, daha aşağı seviyede olsa bile diğer piskoposlara göre üstünlüğü vardır ve onlara azil cezası verebilir.
7. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni yasalar yapma izni sadece ona (Papa'ya) verilmiştir.
9. Sadece Papa'nın ayakları bütün prensler tarafından öpülecektir.
10. Bütün kiliselerde sadece onun adı zikredilecektir.
11. Papa imparatorları azledebilir.
16. Papa'nın emri olmaksızın hiçbir kilise konsülü genel toplantı (sinod) yapamaz.
17. Papa'nın otorite olmadan hiçbir metin ya da kitap Kanonik sayılamaz.
18. Hiç kimse Papa'nın verdiği hükümlerini düzeltemez değiştiremez; yalnız papa diğerlerinin verdiği bütün hükümleri değiştirebilir.
21. Bütün kiliselerin önemli davaları Roma Kilisesi'ne sevk edilebilir.

27. Uyrukları adil olmayan kişilere ettikleri sadakat yemininden sadece Papa kurtarabilir.[12]

Bu belge, -her ne kadar Gregorius nihayetinde her bir hükmü destekleyecek hukuki dayanağı bulmuş olsa da- devrimcidir.[13]

1075 yılının Aralık ayında Gregorius, bugün adına Papalık Manifestosu diyebileceğimiz metninin içeriğini; IV. Henry'ye yazdığı ve imparatorun ve imparatorluk piskoposlarının papalığa tabi olmasını talep ettiği bir mektupla duyurmuştur. Henry, 24 Ocak 1076 yılında bu mektuba, yirmi altı piskoposunun da yaptığı gibi, bir mektupla cevap vermiştir. Henry'nin mektubu şöyle başlamaktadır: "Henry, tahtı hileyle elde eden değil Tanrı'nın kutsal buyruğuyla mukadder kıldığı Kral'dan Hildebrand'a, hâlihazırda papa olmayan sahte keşişe". Ve şöyle bitmektedir: "İşte bu yüzdendir ki, siz bütün piskoposlarımızın ve bizzat şahsımızın hükmü ile lanetlendiniz, dibe batın ve gasp ettiğiniz makamdan el çekin. Aziz I. Peter'in tahtına çıkmak bir yana, Tanrı'nın izniyle Kral Henry, diğer piskoposlarımızla birlikte size emrediyor *Descende*! *Descende*! (Aşağı! Aşağı!), çağlar boyunca lanetlendiniz!" Piskoposların mektupları da benzer biçimde bitmektedir: "Mademki açıkça ilan ettiniz, sizin yaptığınız gibi biz de açıkça beyan ediyoruz ki bundan böyle hiçbirimiz için piskopos değilsiniz ve bu andan itibaren hiçbirimiz için papa da değilsiniz".[14]

Buna karşılık Gregorius, Henry'yi aforoz etti ve imparatorluktan azletti. Henry 1077 yılının Ocak ayında mütevazı bir tövbekâr olarak Canossa'daki papayı ziyaret etti; papanın huzuruna çıkabilmek için geleneğe göre üç gün kar üstünde çıplak ayakla bekledi, günah çıkardı ve nedamet getirdi. Böylece ruhani iktidarına başvurulan papa, Henry'yi affetti ve aforoz cezasını kaldırdı ve onu makamına iade etti. Bu Henry'ye kendisine karşı isyanda bulunan dinî ve seküler toprak beyleri üzerindeki iktidarını yeniden tesis etme imkânını verdi. Ne var ki, papayla olan mücadelesi ancak kısa bir süre için ertelenmiş oldu. 1078 yılında bir ka-

---

[12] Dictatus Papae'nin Latince metni için bkz. Der Dictatus Papae Gregors VII (Paderborn, 1933), s. 11. Dictatus Papae'nin İngilizce tercümesi için S.Z. Ehler and J.B. Morrall, *Church State through the Centuries* (London, 1954), s. 43-44, yeniden yayımı için *Crisis of Church and State*, ss. 49-50.

[13] Bkz. Augustin Fliche, *La réforme Gregorienne*, II (Paris, 1933), 202. Bugün genellikle devam eden metinde yirmi yedi madenlik bir içindekiler tablosunun belgelendiği varsayılmaktadır ancak ne var ki hiç yazılmamıştır.

[14] Bu mektubun yeniden yayımı için bkz. Tierney, *Crisis of Church and State*, ss. 59-60.

rarnameye imza attı, kararnamede şöyle diyordu: "Hükmümüz şudur ki, ruhban sınıfından hiç kimsenin piskoposluğa, manastıra ya da kiliseye atanması imparatorun, kralın ya da erkek ya da kadın herhangi bir lâikin elinden olmayacaktır. Ancak buna cüret eden açıkça bilmelidir ki, böylesi bir atama papanın onayından yoksundur ve kendisi uygun bir kefaret ödeyene dek aforoz edilecektir".[15] Papa ile imparator arasındaki mücadele yeniden başlamış ve Atama Mücadelesi sonuçlanmıştır.

Atama Mücadelesi'nin Cermen topraklarında yol açtığı ilk zarar, imparatorun düşmanlarının onun papa ile olan ihtilafından yararlanarak, nihayetinde Gregorius'un de desteklediği rakip bir kralı seçmeleri olmuştur. Ancak Henry 1080 yılında rakibini mağlup etmiş ve Roma'yı kuşatıp işgal etmek için Alpler'in güneyinden Roma'ya doğru ilerlemiştir (1084). Gregorius ise müttefiklerinden, Güney İtalya'daki -Puglia, Calabria, Capua ve Sicilya, Norman yöneticilerden yardım istemiştir. Normanların paralı askerleri imparatorluğun kuvvetlerini Roma'dan püskürtmüştür ancak acımasızlıklarıyla ünlü bu askerler vahşi bir talan ve yağmaya girişmiştir. Henry, Cermen prenslerinin isyanlarıyla uğraşmaya devam etmiştir; öyle ki, 1106 yılında öldüğünde kendi oğlu ona karşı bir isyan sürdürüyordu. İmparator V. Henry olarak bilinen bu oğul, 1111 yılında Roma'yı işgal etti ve papayı esir aldı.

Atama Mücadelesi'nin birincil politik meselesi, imparatorların ve kralların piskoposlara ve diğer ruhbanlara kendi makamlarının nişanlarını bahşetmeleriydi, kendi ifadeleriyle "*Accipe ecclesiam*!" Bu meselenin arkasında ruhban sınıfının seçildikten ve atandıktan sonra sadakatleri ve kontrol altına alınmaları sorunu yatmaktaydı. Bu sorunlar temel politik öneme sahipti. İmparatorluk ve krallıklar genellikle ruhban sınıfı tarafından idare edildiğinden hem kilisenin hem de imparatorluğun ve krallığın otoritesinin doğrudan doğruya doğasını etkiliyordu. Yine de mesele daha fazlasını kapsıyordu -politikadan daha derin bir şeyi- yani ruhların kurtuluşunu. Daha önce imparator (ya da kral) İsa'nın temsilcisi ("vekili") olarak adlandırılıyordu ve Kıyamet gününde herkesin adına o hesap verecekti. Şimdiyse kendisini Aziz Peter'ın temsilcisi olarak adlandıran papa, Kıyamet gününde

---

[15] Bu kararnamenin yeniden yazımı için bkz. *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum*, ed. And trans. Ephraim Emerton (1932; reprint ed., New York, 1969), s. 133.

İsa'nın bütün insanlar adına hesap vermekle sorumlu tek temsilcisi olduğunu iddia ediyordu. İmparator IV. Henry, Papa VII. Gregorius'a; kilise babalarına göre, imparatorun kimse tarafından yargılanamayacağını, onun tek başına "herkesin yargıcı" olduğunu, Roma piskoposu eşitler arasında birinciyken sadece bir imparator olduğunu yazmıştı. Bu esasında yüzyıllar boyunca hâkim olan ortodoks doktrindi. Ancak Gregorius, imparatoru, seçilmesi papanın onayına bağlı ve itaatsizliği halinde papa tarafından azledilebilecek lâik bir adam ve krallar (eşitler) arasında birinci olarak görüyordu.[16] Argüman tipik skolastik bir formda sunulmuştu: "Kral ya lâiktir ya da bir ruhban", rahip olarak atanmadığına göre de açıkça bir lâiktir ve bu nedenle "kilise"de herhangi bir makamı işgal edemez. Bu tez imparatorlara ve krallara yasallık ve seküler bir devlet fikri, (öyle bir devlet ki, dinî işlevleri olmayan, öyle bir devlet ki, henüz doğmamıştı bile -gerçekte yeni oluşuyordu-) için bir zemin bırakmamıştır. Yine bu tez aynı zamanda papalara Kilise'nin işlevlerini ruhani ve dünyevi (henüz olmayan ama oluşmakta olan) olarak ayırmasını sağlayacak teokratik yetkileri de atfediyordu.

Nihayetinde ne papalar ne de imparatorlar başlangıçtaki iddialarını sürdürebilmiştir. 1122'deki Worms Anlaşması (*Concordat of Worms*) ile imparator piskoposların ve baş keşişlerin sadece kilise tarafından özgürce seçileceğini güvence altına almış ve onlara, ruhlarını koruduğunu belirten ruhani sembolleri, yüzük ve asayı bahşetme hakkından feragat etmiştir. Papa ise imparatorun seçimlerde bulunma ve bir ihtilaf halinde müdahale etme hakkını kabul etmek zorunda kalmıştır. Cermen piskoposları ise (yüksek rütbeli din adamları) imparator onlara saltanat asası; *"regalia"*, yani mülkiyet, adalet ile seküler yönetimi ve karşılıklı olarak sadakat yeminini ve hükümdara biatı ifade eden saltanat nişanını bahşedene kadar kilise tarafından kutsanmayacaktı. (Hükümdara biat ve sadakat yemini büyük arazilerle birlikte verilen yüksek kilise makamlarına feodal görevleri ve hizmetleri sunmayı da kapsıyordu.) Buna karşılık İtalya ve Burgonya'daki yüksek din

---

[16] Gregorius, Fatih William'a şöyle yazmıştır: "Eğer korkunç yargı gününde yalan söylenemeyen adil Yargıç'ın, yaratılmış her şeyin yaratıcısının önünde senin için ben cevap vereceksem, yaşayacağın bir yer olabilsin diye senin kurtuluşun için gayretle uğraşıp uğraşmayacağımı ve kendi güvenliğin için gecikmeksizin bana itaat edip etmeyeceğini yeniden düşün". Aktaran James Bryce, *The Holy Roman Empire* (New York, 1886), ss. 157-158.

görevlilerine asa bahşedilmiyordu ve hükümdara biat ve sadakat yeminlerini kilise tarafından kutsandıktan altı ay sonra imparatora sunmalarını gerekiyordu. Gerçek şu ki, atama yetkisinin paylaşılmak zorunda olması -zira papa ya da imparator veto edebilirdi- tören sorununu yaratıyordu, törenin usulü hayati önemdeydi.

İngiltere ve Normandiya'da daha önceki 1107'deki Bec Anlaşması ile Kral I. Henry de kendisinin katılımıyla özgür seçimlerin yapılmasında uzlaşmış ancak yüzük ve asa ile atamadan feragat etmişti. Daha sonra Almanya'da ise imparator biat ve sadakat yeminini atama kutsandıktan sonra değil kutsandıktan önce kabul ederdi.

Bu anlaşmalar, papaya ruhban sınıfı üzerinde fazlasıyla geniş, lâikler üzerinde ise kayda değer bir yetki alanı bırakmıştır. Papa'nın onayı olmadan ruhban sınıfı atanamıyordu. Piskoposların, rahiplerin, papaz yardımcılarının ve diğer dinî görevlilerin işlev ve yetkilerini papa resmîleştirmişti; yeni piskoposluklar oluşturabilir, mevcut olanları ortadan kaldırabilir ya da bölebilir, piskoposları başka bir yere gönderebilir ya da azledebilirdi. Papa'nın yetkilendirmesine eski düzenin kurallarını değiştirmek ve yeni bir manastır düzeni kurmak için ihtiyaç duyuluyordu. Daha önemlisi papa, "İsa'nın mirası" olarak değerlendirilen kilise mülklerinin "esas yöneticisi" olarak adlandırılmıştı. Papa ayrıca ibadet ve dinî meselelerde de en üstün yetkiliydi, sadece papa bazı büyük günahları affedebilirdi (örneğin ruhban sınıfından birinin öldürülmesi), azizlik mertebesine yükseltebilir ve endüljans dağıtabilirdi (ölümden sonraki cezalardan kurtuluş). Papa'nın bu yetkilerinin hiçbirisi 1075'ten önce yoktu.

"Papa" Gabriel LeBras'ın sözleriyle "bütün kiliseye hükmediyordu. O, evrensel yasakoyucuydu, iktidarını ancak doğal hukuk ve ilahi hukuk (İncil'de ve benzeri vahiy kitaplarında bulunan) sınırlandırabilirdi. Konsülleri genel toplantıya papa çağırır, toplantıları yönetir ve alınan kararların yürürlüğe sokulması için papanın onayı gerekirdi. Papa hükümleriyle pek çok noktadaki ihtilaflara son verir, yasaları yorumlar ve imtiyaz ve muafiyetleri bağışlardı; aynı zamanda en yüksek yargıç ve yöneticiydi. Nihai olarak kataloglanmamış önemli davalar *-maiores causae-* onun karar vermesi için ayrılırdı".[17] Bu yetkilerin hiçbirisi 1075'ten önce yoktu.

---

[17] Gabriel Le Bras, "Canon Law", C. G. Crump and and E.F. Jacob, ed., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926) içinde, ss. 333-334.

Gregorius, papalık mahkemesinin "bütün Hıristiyan âleminin mahkemesi"[18] olduğunu ilan etti. O andan itibaren papa, ona gönderilen davalarda genel bir yargı yetkisine sahip oldu -artık papa "bütün insanların doğal yargıcı"ydı. İşte bu tümüyle yeniydi.

Papa, inanç ve ahlak konularında olduğu gibi pek çok medeni hukuk meselesinde de -evlilik ve miras gibi- lâiklere hükmediyordu. Onun kuralları bazı bakımlardan mutlaktı; bazı bakımlardan ise yetkisini seküler otoritelerle paylaşıyordu. Ne var ki, papalık seküler yargı çevresinin kapsamında olan pek çok diğer meseleye de sıklıkla karışmıştır. 1075'ten önce papanın lâikler üzerindeki yargı yetkisi krala ve imparatora tabiydi ve genellikle diğer piskoposlarınkinden daha üstün değildi.

Dinî ve seküler yargı yetkilerinin ayrılması, uyuşması ve etkileşimi Batı hukuk geleneğinin birincil kaynağıydı.

Papalık Devrimi'nin Devrimci Karakteri

Devrim tabirinin, Avrupa tarihindeki büyük devrimler göz önünde bulundurulduğunda hem onu reform ve evrimden hem de isyan, askerî darbe, karşıdevrim ve diktatörlüklerden ayıran dört ana özelliği/niteliği vardır. Bunlardan ilki, *bütüncüllüğüdür* (*totalite*); başka deyişle toplumsal değişimin birbirlerine bağlı politik, dinî, ekonomik, yasal, kültürel, dilsel, sanatsal, felsefi ve diğer temel kategorilerindeki bütüncül dönüşümdür. İkincisi, *sürati*; yani devrim normal seyrini izlerken günden güne, aydan aya, yıldan yıla, on yıllardan on yıllara meydana gelecek değişikliklerin hızı ve birdenbireliği. Üçüncüsü, sadece sınıf savaşı ya da iç savaş değil aynı zamanda genişleyerek dış savaş formunu da alabilecek *şiddet* içermesidir. Dördüncü niteliği iki ya da üç nesil boyunca *sürekliliğidir*; başka deyişle devrimin altında yatan ilkeler, başlangıçtaki ütopyacılıktan gerekli tavizler verildikten sonra yeniden onaylanıp kurulana ve devrimin kurucu babalarının torunları dedelerinin adanmışlığını içselleştirene dek sürmesidir. Bundan sonrasında evrim, sağdan gelecek bir karşıdevrim ya da yeni bir sol radikalizm korkusu olmaksızın kendi yolunda ilerleyebilecektir.[19]

---

[18] Bkz. E. Bernheim, "Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen", Deutche Zeitschrift für Geschichte, n.s. 1(1896-1897), 7 (İsa Mesih'in yeryüzündeki temsilcisi olan Papa *"debitor justiciae in omnibus qui in Christo sunt-curia totius christianitatis"*).

[19] Bu Rosenstock-Huessy'nin *Out of Revolution* adlı eserinin ana izleğidir.

PAPALIK DEVRİMİ'NİN BÜTÜNCÜLLÜĞÜ

Tarihsel değişimin temel hedefi ile asli ve tali sebepleri üzerine bir araştırma, büyük devrimlerin pek çok farklı büyük unsurun çakışmasıyla meydana geldiği gerçeğinin üzerini örtebilir. Bu unsurların politik, ekonomik, kültürel ve diğer kategorilere ayrılması açıklama kolaylığı meselesidir. Doğru resmi görebilmek için açıklamanın bu unsurlar arasındaki bağlantıyı göstermesi gerekir. Aksi halde en önemli nokta; yani bu devrimlerin bütüncül olaylar olduğu gerçeği gözden kaçacaktır.

Bu nedenle Papalık Devrimi, politik açıdan yetki ve iktidarın hem kilise içinde hem de kilisenin seküler yönetimlerle ilişkilerinde büyük ölçüde yer değiştirmesi olarak görülebilir; bu devrim aynı zamanda Batı Avrupalı güçlerle komşuları arasındaki ilişkileri de politik bakımdan kati surette değiştirmiştir. Sosyoekonomik bakımdan, Papalık Devrimi, hem üretim ve ticaretteki devasa büyümeye ve binlerce kent ve kasabanın ortaya çıkmasına karşılıktır hem de bunların gerçekleşmesini hızlandırmıştır. Kültürel ve entelektüel bir perspektiften ise Papalık Devrimi, Avrupa'nın ilk üniversitelerinin kurulmasının; teoloji, hukuk felsefesi ve felsefenin sistematik disiplinler olarak ortaya çıkmasının; yeni edebi ve sanatsal biçemlerin belirmesinin ve yeni bir toplumsal bilincin gelişmesinin ardındaki itici kuvvet olmuştur. Bu çeşitli politik, ekonomik ve kültürel hareketler ayrı ayrı tahlil edilebilir ancak yine de birbirleri ile ilişkilendirilerek gösterilmelidir. Zira aralarındaki bağ, bu durumda devrimci unsuru oluşturmaktadır.

Politik değişimler. Kilise içinde ve kilisenin seküler yöneticilerle ilişkilerindeki yetki ve iktidar değişikliği önceki sayfalarda anlatıldı. Burada yapılması gereken ise aynı zamanlarda Batı Avrupa ile komşuları arasındaki ilişkilerde gerçekleşen politik değişiklikleri kısaca tespit etmektir.

Yüzyıllar boyunca Kuzey'den ve Batı'dan İskandinavlar, Güney'den Araplar, Doğu'dan Slavlar ve Macarlar sürekli olarak Avrupa'nın içlerine doğru askerî hücumlarda bulunmuştur. Bütün Batı Hıristiyan âlemi "kuşatılmış bir kaleydi; hâlâ ayakta kalmıştı çünkü en büyük düşmanı olan İslam temas sınırlarının sonuna ulaşmıştı, daha az düşmanı olanlar ise (Slavlar, Macarlar ve Vikingler) sadece baskınlar ve yağmalamak için organize oluyordu".[20] İmparatorluğun çeşitli üyeleri arasından askerleri, özel-

[20] Southern, *Western Society*, s. 27. Southern'e göre "hem Yunan hem de İslam sistemleri Batı Avrupa sistemlerinden daha zengin, daha güçlü ve entelektüel olarak daha karmaşıktır. Batı, Bizans'ın fakir akrabasıdır" (ibid.)

likle de şövalyeleri, dışarıdan yönelen baskılara karşı askerî olarak direnmeleri için harekete geçirmek imparatorun göreviydi. İmparatorun içeride de düşmanları vardı; Batı'da Frank kralları her zaman dost değildi, Alpler boyunca Kuzey İtalya prensleri açıkça düşmandı. Böylece Avrupa kuzeyden güneye kesen ana ekseninde kendi içine kapanmıştı. En az yirmi yıl boyunca seküler yönetimleri Bizans'ı kâfirlerden kurtarmaya ikna etmeye çalışan Papalık, nihayet on birinci yüzyılın sonunda, I. Haçlı Seferini (1096-1099) organize etmeyi başardı. II. Haçlı Seferi 1147'de, III. Haçlı Seferi 1189'da yapıldı. Bu ilk Haçlı seferleri, Papalık Devrimi'nin harici savaşlarıydı. Seferler, sadece papalığın yetki ve iktidarını artırmadı; aynı zamanda doğuya, dış dünyaya açılan yeni bir eksen oluşturdu ve Akdeniz'i işgallere karşı doğal bir bariyer olmaktan çıkararak Batı Avrupa'nın kendi askerî ve ticari genişlemesini mümkün kılan yeni bir rotaya dönüştürdü.[21]

Haçlı seferlerine benzer bir gelişme on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyıllarda Kuzey ve Doğu Avrupa topraklarına (Hollanda, İskandinavya, Polonya, Macaristan ve diğer bölgeler) yaygın göçlerle yaşanmıştır. Burada da yine papalık, özellikle 1098'de kurulan Sistersiyen tarikatı aracılığıyla öncü rol üstlenmiştir. Tarımdaki uzmanlıkları, yönetme becerileri ve sömürge

---

[21] 1074'ten itibaren Papa VII. Gregorius, papalığa bağlı ve Doğu Hıristiyanlar'ını kâfir Türkler'in hâkimiyetinden kurtaracak örgütlü bir ordunun kurulması fikrine ön ayak olmuştur. Papa II. Urban Birinci Haçlı Seferini düzenlerken Gregorius'un çizdiği yolu izlemiştir. Bkz. Carl Erdmann, *Die Entstehung des Kreuzzugsdgedankens* (Stuttgart, 1936), ss. 149-153, 210-211, 285-286, 308-309. (Erdmann'ın kitabının İngilizce çevirisi için bkz. *The Origin of the Idea of Crusade* [Princeton, 1977]). Haçlı Seferlerinin, Hıristiyanlar'ın kutsal yerlerini Müslümanlardan kurtarmanın ötesindeki bir amacı da Papalık Devrimi'ni Doğu Hıristiyanlığına ihraç etmekti. Bazı durumlarda Doğu Ortodoks Hıristiyanlar'ı Haçlılarla savaşmıştır. Papa da Konstantinopolis ve bütün Hıristiyan dünyası üzerindeki üstünlüğünü ilan etmiştir. Ne var ki bu hedefe ulaşılamamıştır. 1099 yılında Haçlılar, papalığa bağlı Kudüs Krallığını kurmuş ancak İkinci Haçlı Seferi (1147-1149) akim kalmıştır. Üçüncü Haçlı Seferi ile (1189-1192) Haçlılar her ne kadar Akka'yı almayı başarsalar da 1187'de Selahaddin Eyyübi'nin zapt ettiği Kudüs'ü geri almayı başaramamışlardır. Dördüncü Haçlı Seferi 1199'da düzenlenmiş, 1203'te Konstantinopolis'e saldırıyla son bulmuş ve Bizans imparatoru Haçlılar tarafından azledilmiş ve sürülmüştür (Kudüs'e yaklaşılmamıştır bile). On üçüncü yüzyılda dört Haçlı Seferi daha düzenlenmiştir ve hepsi de esasında başarısız olmuştur (II. Frederick Kudüs'ü kısa bir süreliğine 1228-29 geri almış olsa da). Öte yandan Haçlı Seferlerinin iç politikada önemli sonuçları olmuştur. Papalık Devrimi'nin ideolojisini hem yansıtmış hem de canlı tutmuşlardır. Ticareti artırmış ve Venedik, Cenova, Pisa gibi büyük İtalyan ticaret merkezlerinin gelişmesine katkıda bulunmuştur. Papalığın iktidarını güçlendirmiş ve Avrupalı Hıristiyan askerî bir aristokrasi -şövalyeler- yaratmıştır.

hevesleri ile bilinen Sistersiyenler, papalık politikasının da ateşli destekçileriydi. Sistersiyenler özellikle el değmemiş arazileri işleyecek aletleri geliştirmede hünerliydiler.

Sosyoekonomik değişimler. Böylesi büyüklükteki politik değişimler ekonomide ve ekonomi ile ilişkili olan toplumsal yapıda benzer değişiklikler olmaksızın gerçekleşemezdi. Sosyoekonomik değişimler oldu ancak bunların politik değişimlerle ilişkisini saptamak kolay değildir. Kimi örneklerde bu değişiklikler sebep gibi görünürken, diğerlerinde sonuç gibi görünmektedir.

On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyıl Batı Avrupa'da ekonomik gelişmenin büyük hız kazandığı bir dönemdir. R.W. Southern'in belirttiği gibi "Ekonomistlerin gelişmemiş ülkelerde endişeyle baktığı kendiliğinden gerçekleşen böylesi bir ekonomik büyüme momenti Batı Avrupa'da on birinci yüzyılın sonlarında gerçekleşmişti".[22] Yeni teknolojik gelişmeler ve yeni yöntemler zirai verimliliği aniden artırmış ve kırsal kesimde tarımsal artı ürünlerinin ticaretinin büyümesiyle sonuçlanmıştır.[23] Böylece

---

[22] Southern, *Western Society,* ss. 34-35. Southern şunları eklemektedir: "Bu genişleyen hareketin arkasında sadece üstün teknik bir yenilik yoktur daha ziyade pek çok birbirine geçmiş pek çok koşul bulunmaktadır: sermaye birikimi, nüfus artışı, Akdeniz'in yeniden Batı'nın denetimine geçişi, Yunan ve İslam kültürlerinin politik gerilemesi. Bunların hepsi birlikte Batı'nın git gide büyüyen olasılıklara açılmasını sağlamıştır". Southern, özellikle boş arazilere yerleşilmesinden, nehirlerin, yolların ve kanalların iyileştirilmesinden ve piyasanın ve kredinin düzenlenmesinden söz etmektedir. "Batı Avrupa'nın bütün hudut bölgelerinde sömürgeleştirme başlamış ve sömürgeleştirmeyle birlikte de bilinen askerî saldırganlık başlamıştır. Batı Avrupa tarihinde ilk defa artı-nüfus ve artı-ürün ortaya çıkmıştır... 1100'den sonraki iki yüzyıl boyunca Batı'yı belirgin hiçbir sınırı olmayan bir güç ve egemenlik tutkusu ele geçirmiştir". Southern'in "genişleyen hareketin arkasında sadece üstün teknik bir yenilik" olmadığına ilişkin görüşü Lynn White tarafından tartışılmıştır (Bkz. dipnot 23).

[23] Lynn White, *Medieval Technology and Social Change* (Oxford, 1961), ss. 57-69. White, atlara bağlanan kolan kayışının icadının önemine işaret etmektedir, böylece ilk kez atların gücü geniş ölçekli olarak kullanılmıştır (ss. 72-76). Çiftlik atlarının daha çok kullanılması hem ilkbahar dikimi hem de ürünlerin nöbetleşe ekilmesi ile ilgilidir ve besin kaynaklarını artırmıştır. M.-D. Chenu'ya göre on ikinci yüzyıldaki teknolojik gelişmeler "su gücünün kullanılmasına ve devir hareketinin kolaylaşmasına yarayan donanımların gelişimi ve yayılmasıyla üretilen enerji dev adımlar atılmasını sağlamıştır. Değirmen çarkları, hidrolik çarklar daha önce yirmi beş atla yapılan işlerin tek atla yapılmasını mümkün kılmıştır. Ağırlıklar ve dişli çarklar aracılığıyla gücü depolamayı mümkün kılan yel değirmenleri Avrupa'da ilk defa 1105'te kullanılmıştır... Ulaşımı ve seyahati kolaylaştıran araçlar, insanların hareket özgürlüğünü artırmış; atlar ve öküzler için gemin kullanılması kırsal hayatı dönüştürmüş; 1180'lerde gemi omurgalarının ve dümenin kullanılması pusulayla

bu faktörler nüfusun hızla artmasına yol açmıştır. Her ne kadar güvenilir sayısal veriler az olsa da görünen o ki, Batı Avrupa nüfusu yarısı kadar artmış, muhtemelen 1050-1150 arasındaki bir yüz yılda ikiye katlanmıştır. Oysa önceki yüzyılların tarıma bağlı geçim ve askerî işgal koşullarında nüfus neredeyse değişmemiş hatta kimi zaman azalmıştır. Roma İmparatorluğu'nun dördüncü ve beşinci yüzyıllardaki düşüşünden sonra ilk defa, artan nüfus, Batı Avrupa'da ortaya çıkan yüzlerce hatta binlerce kente ve kasabaya dağılmıştır.

Kentlerin ve kasabaların ortaya çıkması, on birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki belki de en çarpıcı sosyoekonomik değişikliktir. 1050 yılında nüfusu on bini geçen muhtemelen sadece iki tane -Venedik ve Londra- ve nüfusu iki bini geçen yine muhtemelen iki düzine yerleşim yeri vardı (bkz. Harita 1) (Buna mukabil 1050'de Konstantinopol'de [İstanbul] yüz binlerce insan yaşıyordu). Yerleşilen her yer ya köydü ya da pazara bitişik müstahkem mevkilerdi. *Civilas* (*"city"* [kent]) sözcüğü piskoposluk merkezleri için kullanılıyordu. Sicilya ve Güney İtalya kentleri hâlâ Bizans ya da Arap'tı, Batı(lı) değildi. Roma ise büyüklüğü nedeniyle değil ama orada toplanmış bulunan çok sayıda soylu aile nedeniyle bir istisnaydı; zira diğer piskoposluklardan daha büyük değildi. Takip eden iki yüzyıl boyunca Batı Avrupa'nın her yerinde ticaret ve imalat merkezleri türedi, bunlardan bir kısmının nüfusu 100 binin, düzinelercesinin nüfusu 30 binin ve yüzlercesinin nüfusu 10 binin üzerindeydi. 1250 yılında Batı Avrupa nüfusunun yüzde beş ilâ onu -yaklaşık üç dört milyon insan- kentlerde ve kasabalarda yaşıyordu (bkz. Harita 3).

1050'de görece çok az seyyar satıcıdan oluşan tacir sınıfı, on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda önce kırsal kesimde sonra da kasaba ve kentlerde hem sayısal olarak büyümüş hem de niteliği keskin biçimde değişmiştir. Kara ticareti ve denizaşırı ticaret, Batı Avrupa'nın ekonomik ve toplumsal yaşamının önemli bir boyutu haline geldi (tıpkı binlerce yıldır doğu Akdeniz'de olduğu gibi.) Pazarlar ve fuarlar da önemli ekonomik ve

---

birlikte denizlerde uzun yolculukların yapılmasını sağlamış... Mekanik saatler zamanı rasyonalize etmiştir". M.-D. Chenu, *Nature, Man, and Society in the Twelft Century*, ed. and trans. Jerome Taylor and Lester K. Little (Chicago, 1968), s. 43 (ilk yayım 1957, *La théologie au douziéme siéecle*).

toplumsal kurumlar haline geldi. Özellikle uzun mesafeli ticarette kredi, bankacılık ve sigorta gelişti. Ticaretin büyümesinin doğal sonucu imalatın artmasıydı ve imalatın artmasına yaygın esnaf loncalarının oluşması eşlik etti. Loncalar kasaba ya da kent yönetiminde sıklıkla büyük bir rol oynadı.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda ticaretin büyümesi ve kentlerin gelişmesi nedeniyle aralarında Henry Pirenne'nin de bulunduğu pek çok yirminci yüzyıl ekonomik ve sosyal tarihçisi, Batı kapitalizminin başlangıcını o döneme dayandırmıştır. Ne var ki, aynı dönem pek çok tarihçi tarafından feodalizmin ulaştığı en yüksek nokta olarak da değerlendirilmiştir. Esasında o dönemde -özellikle on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda- *manoryal* düzen Batı Avrupa tarımında neredeyse evrensel hale gelmişti; öncesinde köylülerin azımsanamayacak bir oranı köylerde, kendi topraklarında çalışan özerk arazi sahipleri olarak yaşamaktaydı. Öte yandan yine aynı dönemde, lord ve vasal arasındaki feodal bağ askerî ve diğer feodal zorunluluklar için mâli ödemenin başlamasıyla esaslı olarak değişmişti.

Kültürel ve entelektüel değişimler. On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Batı Avrupa sadece ekonomik ve politik patlamaları değil fakat aynı zamanda kültürel ve entelektüel patlamaları da deneyimledi. Bu dönem ilk üniversitelerin kurulduğu; daha sonra adlandırıldığı haliyle skolastik yöntemin ilk kez geliştirildiği; teoloji, hukuk felsefesi ve felsefenin titiz biçimde sistematize olduğu dönemdi. Bu dönem modern bilimsel düşüncenin doğumuna işaret ediyordu.[24]

Bu dönem aynı zamanda Romanesk'ten Gotik mimariye geçişin dönemiydi; ilk büyük Avrupa kiliselerinin St. Denis ve Notre Dame de Paris ile Canterbury ve Durham Kiliseleri'nin inşa edildiği dönemdi.

Bu, Latincenin bilimsel bir dil olarak modernize edildiği ve yerel dillerin ve edebiyatın modern biçimini almaya başladığı çağdı. Muhteşem epik şiirin (Roland'ın Şarkısı, Arthur Destanla-

---

[24] Batı hukuk biliminin kaynakları için bkz. 3. Bölüm. Chenu, [*Nature, Man, and Society*, ss. 16-17] Abelardus'un on ikinci yüzyılın ilk yıllarında, dünyayı yaratırken Tanrı'nın yaratıcı faaliyetine atfedilebilecek olanlarla "oluşumları ve gelişimleri mucizeler olmaksızın açıklanmayacak doğal sebepler" arasında "kesin bir ayrım" yaptığına işaret etmektedir. İkincisinden *vis naturae* ("doğanın gücü") ve *naturales causae* ("doğal sebepler") olarak söz etmektedir.

rı) saray şiirinin[25] ve romansların (Bernard de Ventadour'un yazmaları) dönemiydi.[26] Dönem lâikler [ruhban sınıfından olmayanlar –ç.n.] arasında okuryazarlığın büyük ölçüde arttığı ve Batı Avrupa'nın pek çok ülkesinde en erken ulusal kültürel duyarlıkların belirdiği zamandı.

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Batı Avrupa halklarının kültürel ve entelektüel hayatının dönüşümünü toplumsal bilinçte ortaya çıkan diğer üç temel değişiklik de etkilemiştir. Bunlardan ilki, ruhban sınıfının kurumsal kimliğinin, bir grup olarak özfarkındalığının gelişmesi ve ilk kez lâikler ve ruhbanlar arasında keskin bir karşıtlık belirmesidir. İkincisi, (esas olarak ruhban sınıfını ifade eden) kilisenin dünyayı, (esas olarak lâik kabul edilen) *saeculum*'u yeniden düzenleme sorumluluğunun dinamik bir kavram olarak değişmesidir. Üçüncüsü ise, modernite ve ilerleme de dâhil olmak üzere tarihsel bir zaman algısının gelişmesidir.

PAPALIK DEVRİMİ'NİN SÜRATİ VE ŞİDDETİ

On birinci ve on ikinci yüzyıllar boyunca meydana gelen değişiklikleri tüm boyutlarıyla anlamaya çalışırken, Papalık Devrimi'nin merkezinde yer alan olayların dehşet verici boyutu gözden kaçabilir. Bu olaylar belki nihayetinde dönüşümün bütüncüllüğü ile açıklanabilir ancak öncelikle politik bir amacı gerçekleştirmeye yönelik bir çabanın, başka deyişle, papalığın söylediği biçimiyle "kilisenin özgürlüğü"; ruhban sınıfını imparatorluktan, krallıktan ve feodal baskıdan kurtarma ve papalık otoritesinin altında birleştirme amacının doğrudan doğruya sonucu olarak görülmelidir. Bütüncül dönüşüm bağlamında bakıldığında bu politik amacın belirlenmesi ve ardından bu amacı gerçekleştirmek için gelişen olaylar göstermektedir ki, iktidarı elde etmek için birden fazla mücadele yürütülmüştür. Şeylerin yeniden düzenlenmesi; bu "yeni bir cennet ve yeni bir dünya" için yürütülen apokaliptik bir mücadeledir. Ancak bu mücadelenin politik teza-

---

[25] Orta Çağ'da genellikle bir şövalyenin, evli ve soylu bir kadına duyduğu aşkı konu alan şiirlerdir. Dante'nin "İlahi Komedya"sı bu edebiyat türünün örneklerindendir -ç.n.

[26] Bkz. March Bloch, *Feudal Society*, ss. 93, 103. Yeni edebiyatın on birinci ve on ikinci yüzyıllar arasındaki bağlantıları ve hukuktaki eşzamanlı gelişmeler üzerine çığır açıcı bir çalışma için bkz. R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and Law* (Berkeley, 1977).

hürü aynı zamanda zor ve iknanın, maddi olanla ve ruhaninin çakışması ve ona temposunu ve tutkusunu verendir.

Sürat, elbette göreli bir meseledir. On birinci yüzyılın ortalarında başlayıp on ikinci yüzyılın ikinci yarısına hatta on üçüncü yüzyılın başlarına dek ancak sağlanan bir dönüşüm aşamalı bir dönüşüm olarak da görünebilir. Ancak seyrinde ilerleyen bir devrimin aldığı zaman zorunlu olarak onun hızının ölçüsü değildir. Süratli değişiklik mevhumu günden güne, yıldan yıla ya da on yıldan on yıla meydana gelen değişikliklerin ilerleme hızına atıfta bulunur. Papalık Devrimi büyüklüğünde bir devrimde, hayat acelecidir, her şey çok çabuk olur; büyük değişimler bir gecede gerçekleşir. Devrimin başlangıcında ilkin, önceki politik ve hukuki düzenin feshedildiği -1075 *Dictatus Papae* (Papa'nın Buyrukları)- ilan edilir. İmparatorlar papanın ayağını öpecektir. "Herkesin tek yargıcı" papa olacaktır ve "zamanın doğurduğu ihtiyaçları karşılayacak yeni yasaları" yapma yetkisi sadece papada olacaktır. Gerçek şudur ki, eski toplumun kimi özelliklerinin ortadan kaldırılmaya direnmesi ya da bunu reddetmesi onları ortadan kaldırma çabasının süratinin ya da bu girişimin yarattığı dehşeti değiştirmez. İkincisi, yeni kurumlar ve politikalar en az eskilerin ortadan kaldırıldığı kadar hızlı tesis edilir. Devrimin amaçlarını gerçekleştirmesinin uzun -nesiller boyunca- sürecek olması devrim sürecini aşamalı hale getirmez.

Örneğin, en azından 1074'ten itibaren Doğu Hıristiyanlar'ını Türk kâfirlere karşı savunmak için papalığın bir haçlı seferi organize etmesi gerektiği fikri Papa VII. Gregorius'un programının bir parçasıydı. 1085 yılına, ölene dek de her ne kadar seferi gerçekleştiremese de sefer fikrini bütün Avrupa'da yaymıştır. Kendisinin halefi ve sadık takipçisi Papa II. Urban, I. Haçlı Seferini 1095'te başlatabilmiştir. Denebilir ki, o halde bu değişikliğin; yani Avrupa'nın tam anlamıyla alt üst olmasının ve birleşerek Doğu'ya doğru kolektif askerî ve misyoner bir sefere çıkmalarının gerçekleşmesi uzun zaman -yirmi yıldan fazla- almıştır. Ancak başka bir bağlamda ise değişim haçlı seferleri öncesi Avrupa'sından haçlı seferleri sonrası Avrupa'sına dehşet verici bir hızla gelmiştir. Haçlı seferlerinin daha ilk anından itibaren papalığın amacı, ilerleyen süreçte tutumların yeniden belirlenmesi, yeni umutların, korkuların, planların ve ortaklıkların yaratılması olarak kabul edilmiştir. I. Haçlı Seferi başlar başlamaz değişimin ilerleme hızı artmıştır. Şövalyelerin neredeyse Batı Hıristiyan

âleminin her yerinde harekete geçirilmesi, kara ve deniz boyunca süren yolculukları ve nihayetinde yaşanan sayısız askerî çarpışma, bir zaman aralığına sıkıştırılmış olayların olağanüstü bir hızla geçip gitmesiydi. Dahası Haçlı seferleri tabiri caizse olayların gelişimindeki hızlanmayı temsil ediyordu ve sadece temelde değil aynı zamanda yüksek politikanın da alanındaydı. Örneğin papalık haçlı seferlerini kendi devrimini Doğu Hıristiyan âlemine ihraç etmenin bir aracı olarak kullanmaya çalışmıştı. Papa bütün Hıristiyan âlemine üstünlüğünü ilan etmişti. Batı ve Doğu kiliseleri arasında *filioque* [oğul] ibaresi[27] üzerindeki teolojik karşıtlıktan kaynaklanan ve 1054'te zirveye ulaşan bölünme, şiddet ve fetih biçimini almıştır. 1099'da ise Batılı şövalyeler Kudüs'e girmiş ve orada en azından teoride papalığa tabi yeni bir krallık, Kudüs Krallığını kurmuştur. Tarih gerçekten çok hızlı ilerliyordu! Her ne kadar II. Haçlı seferine dek elli, II. Haçlı seferinin sonundan III. Haçlı seferine dek kırk yıl geçmiş olsa da bu zaman aralıkları hem seferlerden beklentilerden hem de seferlerin hafızasından kaynaklanan sürekli bir kışkırtmanın ışığında değerlendirilmelidir. On ikinci yüzyıl boyunca her an bir haçlı seferinin düzenleneceğine dair yaygın bir kanı mevcuttu.

Dahası devrimin "kiliseye özgürlük" sloganı ile ifade edilen birincil amacı öyle bir gecede başarılabilecek bir şey değildi, aslında hiçbir zaman başarılabilecek bir şey değildi. Yine de fikrin temeline bakıldığında büyük bir sadelikle büyük bir karmaşanın birleşimi amacın başarılması için verilen mücadelenin güvencesiydi. Bir yandan yıllar, nesiller hatta yüzyıllar süren, diğer yandan hızla birbirini izleyen sert ve sıklıkla şiddet içeren dehşet verici değişikliklerdi. Kilise'nin özgürlüğü farklı insanlar için farklı anlamlara geliyordu. Kimileri için anlamı teokratik bir devletti. Kimilerine göre kilisenin bütün feodal arazilerinden, bütün zenginliğinden ve dünyevi iktidarından feragat etmesi anlamına geliyordu. Bu esasında 1100'lerde Papa II. Paschal tarafından önerilmişti ancak imparatoru destekleyen Roma kardinalleri ve Cermen piskoposları tarafından derhal reddedilmişti. Başka bazıları içinse bu iki uç seçenekten de hayli farklı bir anlama geli-

[27] Charlemagne, İznik Konsülü'nün kararını "Kutsal Ruha iman ettim... Babadan doğan" cümlesine "ve Oğuldan" (*filioque*) sözlerini ekleyerek değiştirmiştir. Bu hem Kutsal Üçlemenin yeni bir halini temsil ettiği için hem de Kilise tarihindeki en önemli ekümenik konsülün kararlarında yapılan tek yanlı bir değişiklik olduğu için Doğu Kilisesi'ne karşı bir saldırıydı. Bkz. 4. Bölüm 28. Dipnot.

yordu. Esasında sloganın anlamının 1075 ile 1122 yılları arasında anlamının sürekli değişmesi dönemin devrimci karakterinin işaretlerinden birisidir.

Papalık Devrimi'nde şiddet, Haçlı seferlerinin dışında bir dizi savaş ve isyan biçiminde belirmiştir. Papalık da imparatorluk da krallıklar da hem feodal orduları hem de paralı askerleri kullanmışlardır. Özellikle kentlerde, imparator veya papa tarafından atanan yahut imparator ya da papayı destekleyen mevcut otoritelere; örneğin yönetici piskoposlara karşı şiddetli pek çok halk isyanı olmuştur.

Papalık Devrimi'nin süratini devrimin şiddetinden ayırabilmek mümkün görünmemektedir. Bu, mücadele iç savaşla sürdürülmeseydi -eğer IV. Henry Gregorius'a karşı askerî olarak direnmemeye ikna edilebilseydi ya da Gregorius, Norman müttefiklerine savunmayı emretmeseydi olaylar hızını yitirecekti, demek değildir. Bununla beraber Batı tarihinde kendisini izleyen büyük devrimlerde olduğu gibi Papalık Devrimi'nde de şiddete başvurulması hangi değişikliklerin dayatıldığı ile olduğu kadar onların bütüncül veya asli nitelikleri ile de yakından ilişkilidir. Şiddet, kısmen değişikliklerin aniliği nedeniyle kısmen de mevcut değişikliklerin bütüncüllüğü nedeniyledir, zira mevcut düzen değişime gönülsüzdür ya da değişime yer vermez. Bu nedenle zor, Marx'ın sözleri ile yeni çağın "zorunlu olarak ebesidir".

Ne var ki, zor ne devrimcilerin ne de devrim karşıtlarının nihai zafere ulaşmasını sağlayamaz. Papalık Devrimi yeni ve eski arasındaki uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Eğer zor ebe ise, hukuk da çocuğu kemale erdiren öğretmendi. VII. Gregorius sürgünde öldü; IV. Henry azledildi. Almanya, Fransa, İngiltere ve diğer yerlerde, tarafların en radikal taleplerinden feragat ettikleri sert pazarlıklarla nihai anlaşmaya varılmıştır. Zor için denilebilir ki, iç savaş deneyimi, Avrupa'da her iki tarafın da anlaşmaları için gereken rızayı üretmeye yaramıştır. Denge, nihayetinde, hukukla sağlandı.

PAPALIK DEVRİMİ'NİN SÜREKLİLİĞİ

Eğer devrimci hareket birkaç nesil boyunca dayanmasaydı, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Batı Hıristiyan âlemindeki dönüşümün bütüncüllüğü, sürati ve şiddet içermesi tek başlarına Papalık Devrimi'ni Batı tarihinin ilk büyük devrimi olarak sınıflandırılması için yeterli olmazdı.

İlk bakışta bir devrim sürecinin uzun olması, onun sürati ve şiddet içermesi ile çelişiyor gibi görünebilir ancak aslında devrimin bütüncüllüğü kadar kısmen hızı ve şiddet içermesi nedeniyle altını çizdiği ilkeler sonraki nesillerde de yeniden onaylanabilir ve pekiştirilebilir. Dahası, devrimin esas amaçları, ilk baştaki ütopyacılığından verilmesi gereken tavizlere rağmen korunmalıdır. Tıpkı dönüşümün bütüncüllüğünün devrimi evrimden ayırdığı gibi; tıpkı süratinin ve şiddet içermesinin devrimi evrimden ayırdığı gibi; Batı tarihindeki büyük devrimlerin nesiller-aşan niteliği, devrimleri isyanlardan, darbelerden ve politikadaki el değiştirmelerden olduğu kadar karşı-devrimlerden ve askerî diktatörlüklerden ayırır.

Papalık Devrimi, Batı tarihinde programlı nitelikteki ilk nesiller-aşan hareketti. Papalık açısından duyurdukları programı gerçek hayata uygulamaları neredeyse bir nesil, 1050'den 1075'e, sürdü. Bunu başka bir papanın başka bir imparatorla sadece piskoposların ve başrahiplerin atanması sorununda anlaşmaya varmasına dek süren kırk yedi yıllık bir mücadele izledi. Büyük Batı Avrupa krallıklarında kilisenin ve seküler otoritelerinin ayrı ayrı ceza yargısı ve medeni yargı alanlarının tanımlanması ise çok daha uzun sürdü. İngiltere'de Becket'ın şehit olduğu 1170 yılına kadar - Gregorius'un *Buyruklar*'ından doksan beş yıl sonra ve İngiltere kralı I. Henry'nin atama yetkisini bırakmasından altmış üç yıl sonra- Taç, İngiliz ruhban sınıfının üzerindeki düzenleme yetkisinden feragat etmedi. Nihayet sadece kilise ve devlet arasındaki karşılıklı ilişkilerini değil seküler düzende yer alan toplulukların (manoryal sistem, lord-vasal ilişkisi, tacir loncaları, imtiyazlı kentler ve kasabalar, teritoryal dükalıklar ve krallıklar, sekülerleşmiş imparatorluk) karşılıklı ilişkilerini de kapsayan bir dizi meselede uzlaşmaya varıldı. Devrimin çocukları ve torunları devrimin altını çizdiği ilkeleri idari ve hukuki kurumlar olarak yasallaştırdı. Ancak bundan sonra gelecek yüzyıllar için az çok güvence sağlanmış oldu. Gerçekte ise asla tümüyle güvence altında değildi, her zaman kilise iktidarının ve seküler iktidarların sınırları konusunda anlaşmazlıklar mevcuttu.

Papalık Devrimi'nin Sosyo-Psikolojik Sebepleri ve Sonuçları

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda ortaya çıkan yeni toplumsal bilincin üç boyutu bahis konusudur; ruhban sınıfının yeni ku-

rumsal kimliği, ruhban sınıfının seküler dünyayı yeniden düzenleme sorumluluğuna dair yeni bir algı ve modernite ve ilerleme kavramlarını da içeren yeni bir tarihsel zaman anlayışı. Bunların tamamının Batı hukuk geleneğinin gelişimi üzerinde güçlü bir etkisi olmuştur.

Birinci boyut; ruhbanların kurumsal özfarkındalığı (bugün *sınıf* bilinci denmektedir) hem sebep hem de sonuç olarak devrimin olmazsa olmazıdır. Elbette ruhbanlar daima kendi grup kimliklerine ilişkin bir algıya sahipti, yine de bu en iyi ihtimalle ruhani bir birlik, inanç birliği ve görev aşkı algısı idi; siyasi ve hukuki bir birlik olmaya dair bir algı değildi. Siyasi ve hukuki açıdan ruhban sınıfı on birinci yüzyıldan evvel yerel olarak dağılmıştı ve kilise otoriteleri ile bağları çok azdı. Ruhani bir birlik olma algısı bile keskin bir "nizami" ve "seküler" ruhban ayrımı nedeniyle yarılmıştı. "Nizami" ruhbanlar, mütedeyyin olanlardı; keşişler ve rahibeler, "bu dünyada" ölü olan ancak "Ebedi Devlet"e ait olanlar. Seküler ruhbanlar ise piskoposlar ve rahiplerdi; yaşadıkları mahalde neredeyse tümüyle siyasi, ekonomik ve toplumsal hayata dâhil olanlar.

Başka herhangi bir sebep bir yana, Cluny Reformu, Batı Hıristiyan âleminin ruhbanları arasında yeni bir kurumsal siyasi birlik algısının temelini atmıştır. Reformcuların gayreti hem nizami hem de seküler ruhbanlara ortak bir tarihsel kader bilincini aşılamıştır. Bunun yanı sıra Cluny tarikatı, her Cluny manastırı merkezî bir manastırın yargı çevresine tabi olduğu için ruhban sınıfını tek bir yerel-aşan organizasyonun altında birlik olabileceği bir model olmuştur.

Cluny Reformunun temel amaçları kabul edilirken, rahiplerin evlenememesi ve kilise makamlarının alım-satımının yasaklanması dâhil, 1050'lerde ve 1060'larda papalık, geliştirilmesine yardımcı olduğu ruhban sınıfı bilinci de dâhil olmak üzere daha önceki hareketin ahlaki sermayesini de kendisine mal etmiştir. Bu eski amaçlar, daha yeni "kiliseye özgürlük"; yani "lâik"lerin denetiminden kurtulma talebiyle birleşir. Bu hem ruhban sınıf bilincinden yararlanma hem de onu harekete geçirme işlevi görmüştür. Daha önemlisi, kilisenin üzerindeki imparatorluk denetiminin kaldırılacağının duyurulmasıyla Gregorius, eski bir Karolenj idealini paramparça etmiş oldu. Ruhban sınıfı iki seçenekle karşı karşıyaydı; ya papalık altında siyasi bir birlik ya da yeni ulusal kiliseler arasında bölünmüşlük -ki papalığın savaşı kay-

betmesi halinde Avrupa'nın her yerinde kaçınılmaz olarak çeşitli yönetimler belirecekti. Atama Mücadelesi, bunu belirginleştirmiştir. Nihayetinde atama sorunu, seküler politikaları temsil eden önde gelen seküler yöneticilerle ve bütün Hıristiyan âleminin ruhban sınıfını temsil eden papalık arasında ayrı ayrı sürdürülen pazarlıkların sonucunda çözülmüştür. Böylece Papalık Devrimi üzerinde yükseldiği ruhban sınıf bilincinin oluşmasına bizatihi kendisi yardımcı olmuştur.

Ruhban sınıfı Avrupa'da siyasi ve hukuki bir birlik kurmayı başaran yereli, kabileyi, feodalizmi ve ulusu aşan ilk sınıftır. Bu, ruhban sınıfının önceden mevcut olan evrensel otoriteye, imparatora karşı çıkabildiğini ve onu mağlup edebildiğini göstermesiyle mümkün olmuştur. İmparatorun arkasında onu destekleyecek böylesi evrensel bir otorite yoktu. On ikinci yüzyıldan on altıncı yüzyıla dek ruhban sınıfının birlik hiyerarşisi sadece birkaç güçlü kral tarafından kırılabildi. Sicilya'nın Norman kralları bile -ki on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Roma'ya tabi olan ruhbanları papalık denetiminin dışında bırakabilmişlerdir, piskopos seçimlerinde yaşanabilecek bir ihtilafta papaya başvurmak hususunda anlaşmaya varmıştır.

Burada "sınıf" sözcüğü, Papalık Devrimi'nde -Alman (Protestan) Devrimi'nde, İngiliz Devrimi'nde, Fransız ve Amerikan Devrimleri'nde ve Rus Devrimi'nde olduğu gibi- sadece birbirleri ile etkileşimde olan bireyleri ya da elitleri değil fakat aynı zamanda toplumda önemli işlevleri olan geniş grupları ifade etmek için kullanılmıştır. Devrimin sınıf mücadelesini ve yeni bir yönetici sınıfın doğumunu içerdiğini söyleyen Marksist anlayışın geçerliliği, sınıfın ekonomik refahın üretilmesinin aracı olarak dar tanımına hasredilmemesini gerektirmektedir. Esasında Batı Avrupa'da ruhban sınıfı, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda ekonomik refahın yaratılmasında da önemli bir rol oynamıştır. Zira kilise, toprakların üçte biri ilâ dörtte birine sahipti; piskoposlar ve başrahipler de aynı ekonomik çıkarları güden kilise dışındaki benzerleri gibi *manor*'ların lorduydu; atama yetkisini lâiklerden alma mücadelesi kısmen de ekonomik gücü lâiklerden alıp kiliseye aktarma mücadelesiydi. Ancak ruhban sınıfına sınıf karakterini veren esas olarak ekonomik çıkarları değildi. Daha ziyade onların -günah çıkarılan, düğün törenlerini yöneten, bebekleri vaftiz eden, ölümden önce yağ süren ve vaaz verenler olarak ve batı toplumunun teolojisinin değil aynı zamanda siyasi

ve hukuki öğretilerinin de yorumcusu olarak- ruhani alandaki katkılarıydı.

Ruhbanların sınıf bilincinin gelişmesi, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda beliren yeni toplumsal bilincin ikinci boyutu olan ruhban sınıfının dünyayı yeniden düzenleme misyonuna dair yeni bir algı ile ilişkilidir. Bu, bir yandan kiliseyi ruhban sınıfı ile tanımlamaya yönelik yeni bir eğilim ve lâiklerle ruhban sınıfı arasında keskin bir ayrım yaratan "hiyerarşi" algısıdır. Diğer yandan ise, bu ayrımın taşıdığı ruhban sınıfı sadece lâiklere üstün değildir aynı zamanda onlardan sorumludur imasıdır. Başka deyişle ruhbanların sınıf bilinci aynı zamanda modern bağlamda toplumsal bilinçti; toplumun geleceğine ilişkin sorumluluk duygusu ile hareket etmeye ilişkindi.

Bunu "seküler" sözcüğünün anlamındaki keskin değişim de yansıtmaktadır. Klasik Latincede *saeculum* "çağ", "zaman" "nesil" ya da "verili bir zamanda yaşayan insanlar" (genç nesiller gibi) ve ayrıca "yüzyıl" anlamına gelirdi. İkinci, üçüncü ve dördüncü yüzyıldaki Kilise babaları *saeculum*'u Tanrı'nın sosuz krallığındakinin aksine dünyadaki zamanı -geçici dünyadaki- ifade etmek için kullandılar (Kainattaki dünya anlamında *mundus*, başka bir şeydi). Örneğin Aziz Augustine'in yazmalarında ise, Peter Brown'ın işaret ettiği gibi, *saeculum* "varoluş" anlamına gelir, yani ölümlü insanın varoluşunun genel toplamı; geçmiş, şimdi, gelecek, Âdem'den Kıyamet'e kadar. Profesör Brown "Aziz Augustine için bu *saeculum* son derece netameli bir şeydir. Cezai varoluştur... mantıksızca yukarı aşağı salınır... Tanrı'nın devletindeki tarihsel devinime dair tek bir sözcük yoktur, tarihte başarılması amaçlanmış herhangi bir ilerleme anlayışı yoktur. Hıristiyanlar uzak bir ülkenin üyeleridir... onlar tescilli yabancılardır, var olurlar, acı çekerler, *in hoc maligno saeculo* (bu kötü zamanlarda)".[28]

Kimi zaman varsayıldığının aksine Aziz Augustine, aslında, ne Tanrı Devleti'ni Hıristiyan Kilisesi ile ne de Dünya Devleti'ni Roma İmparatorluğu ya da genel olarak Roma devleti ile tanımlamıştır. Ona göre hem kilise hem de imparatorluk kötü zamanlarda, *saeculum*, yaşamaktadır. Hıristiyanlar, Augustine'in tutkuyla arzuladığı gibi -yine Brown'ın sözleri ile- "her zaman uzakta ama Tanrı sevgisinin ve umudun daima bahşedildiği bir

[28] Peter Brown, Smalley, *Trends* içinde, s. 11.

ülkede"[29] ayrıcalıklıdır. Böylece Aziz Augustine'e göre gerçek Hıristiyanlar ister din adamı olsun ister lâik bir kimse, her iki devlette de yaşarlar, hem dünya devletinde hem de cennetin bahçesinde.[30]

Saeculum'a ilişkin olumsuz bakış açısı Aziz Augustine'in yazmalarına yansımıştır, gerçekten kilise tarihinin ilk bin yılındaki pek çok Hıristiyan düşünür, nizami ruhbanlar ile seküler ruhbanlar arasında yapılan keskin ayrımı pekiştirmiştir. Nizami olanlar *saeculum*'a daha uzak Tanrı Devleti'ne daha yakındır. Bu on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında hem nizami hem de seküler ruhbanları destekleyen papaların her iki sözcük de "fâni [*temporal*]" ve "seküler" eşanlamlı olmasına rağmen; neden sıklıkla imparatorların ve kralların "fâni" yönetimi ve hukuku demeyi tercih ettiklerini açıklayabilir. Fâni ya da seküler pejoratif anlatımdı; zaman sınırlaması anlamına geliyordu, özellikle siyasi yönetim alanında insan varoluşunun yozlaşmasının ve çürümesinin ürünüydü. Bugün ise bütün lâikler için kullanılmaktadır. Fâninin (ya da sekülerin) karşıt anlamlısı ise "ruhani" idi. Artık bütün ruhbanlar "ruhani", *spirituales*, olarak adlandırılıyordu. Ünlü bir mektubunda Papa VII. Gregorius'un yazdığı gibi:

> Kralların ve prenslerin köklerinin Tanrı'dan bihaber insanlar olduklarını; Şeytan'ın, bu dünyanın prensinin, tahrik ettiği gurur, yağma, ihanet, cinayet -kısaca her türlü suçla hemcinslerinin üzerinden yükseldiklerini, hırstan kör olduklarını ve küstahlıklarının tahammül edilemez olduğunu kim bilmez ki? ... Dindar papalar boş gururu küçümserken ve Tanrısal meseleleri bedenin meselelerinin üstünde tutarken yeryüzünün kralları ve prensleri boş övgülerle baştan çıkar ve kendi çıkarlarını ruhunkilere tercih ederler. ...Krallar ve prensler ruhani meseleleri çok az düşünüp

---

[29] Ibid., s. 12.

[30] *De Civitate Dei* 1. 35.46. Bkz. R. A. Markus, *Saeculum: History and Society in the Theology of St. Augustine* (Cambridge, 1970), ss. 20-21: "Onun tarih üzerine temel izleklerinden birisi dünyanın sonundan İsa Mesih'in gelişine kadar bütün tarihin homojen olduğunu, kutsal tarihten çıkarılabilecek bir örüntünün ayrıntılarıyla planlanamayacağını açıklaması[dır]". Ayrıca bkz. G.L. Keyes, *Chrisitian Faith and the Interpretation of History* (Lincoln, Nebr., 1966), ss. 177-178: Hıristiyanlar'ın "Hıristiyan bakış açısından bakıldığında dünya devletinin, onun huzurunda görülenden; Tanrı devletinin dünya üzerinde gerçekleştirilmesinden daha iyi olacağına dair bir umutları yoktur".

dünya işlerine fazlaca kapılırken, papalar ilahi meselelerle meşgul olur ve bu dünyanın meselelerini küçümser.[31]

İmparatorun otoritesi, düşmanlarına göre, ruhanilikten yoksundu; kutsal ya da "ilahi" değildi. Gregorius'un propagandacılarından birisi imparatora şöyle sesleniyordu: "Diyorsunuz ki, sizin iktidarınız ona meydan okunmadan yedi yüzyıldır ayakta, yani iktidarı elinizde tutma hakkını zamanaşımı ile kazandınız? Şeytan'ın mülkiyet hakkını haksız bir yönetime devredebilmesi, bir hırsızın çaldığı mallar üzerindeki tasarruf hakkını devredilmesinden daha fazlası değildir".[32] Keza "En azından ruhani kılıcın krallığı, (sadece) seküler kılıcı elinde tutan imparatorun kendisinden daha büyüktür".[33]

Papalık Devrimi, papalığın, Kutsal ve En Hıristiyan İmparatoru -ki, yüzyıllar boyunca kilisenin hayatında öncü rol oynamıştı- sıradan bir lâikin konumuna; en düşük rütbeli rahipten daha aşağıdaki bir konuma indirme çabası ile başladı. Yalnızca seküler kılıcı elinde bulunduran lâikler olarak imparator ve kralların sadece dünyevi işlerden; bu dünyadaki şeylerden mesul olması onları, ruhani kılıcı elinde bulunduran, ruhani işlerden sorumlu olan ve "ilahi meselelere hevesle kafa yoran"lara tabi kılıyordu. Lâikler, inanç ve ahlak konularında ruhban sınıfından aşağıdaydı ve seküler olan ruhani olandan daha az değerliydi.

Yine de Gregorius da taraftarları da seküler yönetimin, ruhani konularda hatta dolaylı olarak seküler meselelerde kiliseye tabi olsalar da ilahi otoriteyi temsil ettiğinden; seküler yöneticilerin iktidarının Tanrı'dan kaynaklandığından ve seküler hukukun nihayetinde akıl ve vicdandan doğduğundan ve ona itaat edilmesi gerektiğinden şüphe etmemişlerdir. Seküler yöneticilere yönelik sert ithamlarına rağmen Gregorius, papalığın vesayeti altındaki seküler toplumun geleceğine dair umutla doluydu. Bu açıdan Gregorius ve takipçileri, Aziz Augustine ile zıt kutuplardaydı.

Gerçekten de papalığın sadece ruhani kılıcın değil, seküler yöneticiye tevdi edilen dünyevi kılıcın da nihayetinde kiliseye ait olduğu yönündeki en radikal iddiası, bir paradoks barındırmak-

[31] Aktaran Tierney, *Crisis of Church and State*, ss. 68-69, 71.

[32] Aktaran Eugen Rosenstock-Huessy, Soziologe, II (Stuttgard, 1958), 663.

[33] Aktaran ibid., s. 662.

tadır. Salisbury'li John'un sözleri ile kral "ilahi iktidarın vekilidir ve kutsal makamların ellerine layık olmayan nitelikteki işleri yürütendir".[34] Layık olmayan fakat yine de kutsal! Ruhani ile seküler arasında yapılan ayrım, seküler politikaları izleyen seküler otoriteler üzerinde -ki, kilise bu ayrımı, özgürlüğünü talep ederken savunmuş ama iş kendi iktidar alanını genişletmeye gelince sıklıkla ihlal etmiştir- onlar günahkâr olduğu için papalığın yetkili olduğunu ileri sürme girişimlerine karşı savunma geliştirilmesini sağladı.

Nihayetinde papalık taraftarları ile karşıtları arasındaki mücadelede bir uzlaşmaya varılmıştır. Batı siyaset bilimi -özellikle de devlet ve seküler hukuka dair ilk modern Batılı teoriler, bu mücadele ve uzlaşmalardan doğmuştur. K.J. Leyser'in belirttiği gibi "Klasik anlayışa göre politik fikirler, sadece on birinci yüzyıldaki ve on ikinci yüzyılın başlarındaki polemiklerle belirmiştir, tutarsızca, ani parlamalarla... (O dönemde) böylesi bir seküler devlet teorisi yoktu ancak büyük krizin sonucu olarak doğmaya çoktan hazırdı".[35]

Sekülerin yeni anlamı seküler ve ruhani otoritelerin savunucuları arasındaki zikredilen mücadeleden devşirilmişti. Seküler ve ruhani arasında papalığın ayrı tutulmasını tamamıyla reddedenler ile imparatorluğun ve krallığın kutsal niteliğinin sürmesi gerektiğinde ısrarcı olanlar genellikle bertaraf edilmişti. Ancak iki alan arasındaki güncel sınırlar -spesifik işlevlerin tahsis edilmesi- çatışan taraflar arasındaki uzlaşma ve tavizlerle belirlenmişti. Bu sınırlar, sorunun doğası gereği, soyut olarak tanımlanamazdı.

Ruhban sınıfının kurumsal kimliğine ve seküler dünyayı yeniden düzenleme görevine dair algısı ile yakından ilişkili olan üçüncü boyut ise on birinci ve on ikinci yüzyıllarda ortaya çıkan yeni bir toplumsal bilinç; yani modernite ve ilerleme kavramlarını da içeren yeni bir tarihsel zaman anlayışıdır. Bu da Papalık Devrimi'nin hem sebebi hem de sonucudur.

Yeni tarih algısı, *saeculum*'un anlamındaki ve dünyayı yeniden düzenleme görevindeki değişime içkindir. Görece daha durgun bir politik toplum görüşünün yerini daha dinamik bir top-

---

[34] Bkz. Policraticus: *The Statement's Book of John of Salisbury*, trans. John Dickinson (New York, 1963), s. 9.
[35] K.J. Leyser, Smalley, *Trends* içinde, s. 60.

lum görüşü almıştı; toplumsal kurumların geleceğine ilişkin yeni bir kaygı vardı. Ancak aynı zamanda tarih de değer kazanıyordu; geçmişe olduğu kadar geleceğe de yeni bir yönelim ve geçmişle gelecek arasındaki ilişkiye dair yeni bir algı mevcuttu. Önceki yüzyıllarda nadir başvurulan "eski" ve "modern" zamanlar ayırımı, papalığın literatüründe yaygın kullanılır olmuştu. On ikinci yüzyılda, tarihi geçmişten yeni bir geleceğe doğru aşamalarla hareket eden bir şey olarak gören Avrupalı ilk tarihçiler ortaya çıktı -St. Victorlu Hugo, Freisingli Otto, Havelbergli Anselmus, Fioreli Joachim ve diğerleri gibi. Bu tarihçiler, tarihin aşamalı olarak ileriye hareket eden, kimilerinin modern zamanlar ya da modernite (*modernitas*) olarak işaret ettiği, kendi zamanlarında doruğa ulaşan bir şey olarak gördü. Fioreli Joachim ve öğrencileri, *Kutsal Ruh*'un yeni çağının yerini, *Oğul*'un çağına -ki, sona ermek üzereydi- bıraktığını düşünüyordu. Freisingli Otto'ya göre ise seküler tarih kutsal tarihe dâhil olmuş ve kutsal tarihle birbirine dolanmıştı.[36]

On yedinci yüzyıldaki İngiliz Devrimi gibi Papalık Devrimi de bir devrimmiş gibi değil fakat restorasyonmuş gibi davranmıştı. Cromwell gibi VII. Gregorius da kendisinin yenilik yapmadığını ancak önceki yıllarda ilga edilmiş özgürlükleri eski haline getirdiğini iddia etmiştir. Tıpkı yüzyıl boyunca ya da Tudor-Stuart mutlakıyetinde büyük ölçüde ihmal edilen teamülleri, on üçüncü ve on dördüncü yüzyıllardaki *common law*'da bulan İngiliz Püritenler ve halefleri gibi; Gregoryen reformcuları ve halefleri de Batı'da Karolenjler ve sonrası dönemde ihmal edilen teamülleri, ilk yüzyılların kilise babalarının yazmalarında bulmuştur. İdeolojik vurgu geleneğin üzerineydi ancak gelenek sadece yakın geçmişin bastırılması ve daha öncesine dönülmesi ile oluşturulabilirdi. Dokuzuncu ve onuncu yüzyılların önde gelen Frank

[36] Bkz. Chenu, *Nature, Man, and Society*, ss. 162-201. Chenu'ya göre (s. 162) "On ikinci yüzyıldaki Latin Hıristiyanlığı'nın en önemsiz olağanüstü başarısı, insanların zihinde insanlık tarihine ilişkin bir farkındalık uyandırması değildir". Ayrıca bkz. R. W. Southern, "Aspects of the European Tradition of Historical Writing. 2. Hugh of St. Victor and the İdea of Historical Development", *TRHS*, 5th ser., 21 (1971), 159. Walter Freund Peter Damian, Salisbury'li John, Walter Map ve on ikinci yüzyıldaki diğer yazarların eserlerinde modernite sözcüğünü kullanımına dikkat çekmektedir. Walter Freund, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittlealters* (Cologne, 1957). Freund, bunun izlerini kısmen on birinci yüzyılın Gregoryen reformcularının tamamıyla yeni ve emsalsiz bir döneme girdiklerine olan inancına kadar sürmektedir.

ve Cermen kanoncularının ve teologlarının yazmaları öylece görmezden gelinmiştir. Dahası kilise babalarının yazmaları papalığın programına yarayacak biçimde yorumlandı ve belirli kimi yazmalar programın önünde engel teşkil ettiğinde reddedildi. Gregoryen reformcular uygunsuz bir âdetle karşı karşıya kaldıklarında, Tertullian ve Aziz Cyprian'ın "İsa ben hakikatim dedi, Ben geleneğim demedi" aforizmasını alıntılayarak hakikate başvurdular. VII. Greory bu aforizmayı İmparator IV. Henry'ye karşı; Becket da Kral II. Henry'ye karşı kullandı. Zira bu, hâkim olan hukukun neredeyse tamamının örf ve âdet hukuku olduğu bir dönemde özel bir zorlayıcılığa sahipti.

Papalık Devrimi'nden itibaren Batı tarihindeki büyük devrimlerin ayırıcı özelliği uzak geçmişteki elbiseleri radikal biçimde yeni olan tasavvurlarına giydirmeleri olmuştur; bu ister Papalık Devrimi'nde olduğu gibi eski hukuk otoriteleri, ister Alman Reform Hareketi'nde olduğu gibi eski bir kutsal kitap; İncil olsun, isterse Fransız Devrimi'nde olduğu gibi eski bir uygarlık; eski Yunan, ister Rus Devrimi'nde olduğu gibi tarih öncesi sınıfsız toplum olsun. Bütün bu alt üst oluşlarda restorasyon fikri - önceki bir başlangıç noktasına bir geri dönüş ve bu bağlamda bir devrim- dinamik bir gelecek mevhumu ile ilişkilidir.

Devrimin tarih yazımını siyaseten önyargılı ve aslında yalnızca ideolojik olarak eleştirmek yeterince kolaydır. Ne var ki bu, modern tarih bilimcilerin ileri sürdüğü nesnellik standartlarını - ki, bunlar da kendi zamanlarının ürünüdür ve kendi önyargıları vardır- devrimcilere dayatmaktır. Dahası, devrimcilerin geçmişi yeniden yorumladıklarının ve tarihsel anıları yeni koşullara uyarladıklarının tamamen farkında olduklarını kabul etmek önemlidir. Batı tarihinin hayati dönüm noktalarının, uzak geleceğe tutulanla uyumlu olması gereken projeksiyonun yakın geçmişe tutulması olması çarpıcıdır. Hem geçmiş hem gelecek, her ikisi de tabiri caizse şimdinin kötülüklerine karşı savaşmak için çağrılmıştır.

Modern Devletin Yükselişi

Papalık Devrimi, Batılı modern devleti doğurmuştur -ki, paradoksal olarak ilk örneği kilisenin bizatihi kendisidir.

Maitland'in bir yüzyıl evvel söylediği gibi, Orta Çağ kilisesi dâhil edilmeden devlete dair kabul edilebilir bir tanım çerçevesi kurmak imkânsızdır. Maitland'in kastettiği kilise Papa VII. Gre-

gorius'tan sonraki kilisedir, zira ondan önce kilise, seküler toplumla kaynaşmıştı ve modern devlete temel olan egemenlik ve bağımsız yasakoyucu mevhumlarından yoksundu. VII. Gregorius'tan sonra ise, kilise modern devletin ayırt edici özelliklerinin çoğunu kazanmıştır. Kilise bağımsız, hiyerarşik, kamusal bir otorite haline gelmiştir. Kilise'nin başı olan papa, yasama yetkisine sahipti. Gerçekten, VII. Gregorius'un halefleri kimi zaman toplantıya çağırdıkları kilise konsüllerinin yardımıyla istikrarlı biçimde yeni yasalar yayımladılar. Kilise aynı zamanda çıkardığı yasaları bir yönetim hiyerarşisi içinde yürütmüş, papa da modern egemen yönetimlerin temsilcileri aracılığıyla yaptığı gibi hüküm sürmüştür. Dahası kilise kendi yasalarını, Roma'daki papalık mahkemesinin en üstte olduğu yargısal bir hiyerarşi içinde yorumlamış ve uygulamıştır. Kilise böylece modern devletin yasama, yürütme ve yargı yetkilerini yerine getirmiştir. Bunlara ek olarak rasyonel bir yargı sistemine, Kanon hukukuna bağlı kalmıştır. Kilise uyruklarına ondalık ve diğer resim ve vergileri salmıştır. Tuttuğu vaftiz hizmetleri çerçevesinde tuttuğu doğum ve ölüm belgeleri ise aslında bir çeşit sivil kayıt sistemidir. Vaftiz ise, bir çeşit vatandaşlık bahşetmedir ki, daha sonra her Hıristiyan'ın günah çıkarması ve en azından senede bir kere Paskalya'da Kutsal Komünyona katılması zorunluluğu ile sürdürülmüş; 1215'te de resmîleştirilmiştir. Bir kimse, ancak aforoz ile vatandaşlıktan mahrum bırakılırdı. Kilise gerektiğinde asker bile toplardı.

Yine de kiliseyi bir modern devlet olarak adlandırmak, modern devleti antik devletlerden ve Cermen ve Frank devletlerden ayıran en belirleyici özelliği onun seküler niteliği olduğu için paradoksaldır. Antik devlet ve Cermen-Frank devleti, üstün siyasi gücün dinî akideleri sürdürmek kadar dinî ayinleri yürütmekle sorumlu olduğu ve yöneticinin tanrısal ya da yarı-tanrısal olduğu dinî devletlerdi. Üstün siyasi gücün dinî işlevlerini ve niteliğini ortadan kaldırmak Papalık Devrimi'nin başlıca amaçlarından birisiydi. Bundan sonra Roma Katolik öğretisini izleyenler tarafından imparator ve kralların lâik kimseler oldukları ve dolayısıyla ruhani meselelerde ehliyetlerinin olmadığı kabul edildi. Papalığın teorisine göre, sadece başında papanın bulunduğu ruhbanlar ruhani meselelerde yetkiliydi. Ancak pek çok sebeple bu, modern anlamıyla bir "kilise ve devlet ayrılığı" değildi.

Birincisi, her ne kadar birkaç ülkede (özellikle Sicilya'daki

Norman Krallığı ve Normanlar'ın İngiltere'sinde) modern siyasi ve hukuki kurumlar yaratılmaya başlamış olsa da tümüyle modern anlamıyla devlet -yani seküler devletlerden oluşan bir sistemde seküler bir devlet olarak- henüz belirmemişti. Daha ziyade, feodal lordluklar ve özerk belediye yönetimleri ile ortaya çıkmakta olan ulusal teritoryal devletler dâhil olmak üzere, seküler iktidarın çeşitli tipleri mevcuttu. Ne var ki bunların karşılıklı ilişkileri, yöneticileri dâhil bütün üyelerinin pek çok bakımdan kapsayıcı bir dinî otoriteye tabi olduğu gerçeğinden etkileniyordu.

İkincisi, her ne kadar imparator, krallar ve diğer lâik yöneticiler dinî otoritelerinden mahrum bırakılmış olsa da -atama sisteminin ikili yapısı gereği- piskoposların, başrahiplerin ve diğer ruhbanların belirlenmesinde ve genel olarak kilise siyasetinde önemli bir rol oynamaya devam ettiler. Buna karşılık, ruhban sınıfı da seküler yöneticilerin ve hatta yüksek seküler makamların danışmanları olarak seküler siyasette dikkate alınan taraf olmayı sürdürdüler. İngiltere Şansölyesi -ki, kraldan sonra gelirdi- on altıncı yüzyıla dek neredeyse her zaman yüksek bir kilise adamıydı; genellikle York ya da Canterbury'nin başpiskoposuydu.

Üçüncüsü, kilise önemli seküler yetkileri elinde tutuyordu. Piskoposlar, vasallarının ve serflerinin lordu olmaya ve arazilerini yönetmeye devam ettiler. Hepsinin ötesinde papalık kendi gücünün, bütün ülkelerdeki seküler siyaseti belirleyebileceğini ileri sürdü. Aslında papa, her ne kadar dünyevi üstünlüğünü dolaylı olarak; seküler yöneticiler aracılığıyla uygulamış olsa da ruhani kılıcın dünyevi kılıçtan üstün olduğunu savundu.[37]

Böylece kilisenin ilk modern Batılı devlet olduğu önermesi

---

[37] Bkz. Geoffrey Barraclough, *The Origins of Modern Germany* (Oxford, 1947), s. 114: "İki üstün iktidarın (ruhani ve seküler) uyumuna dayanan Galesius'un teorisinden ayrılan Hildebrand'ın taraftarları kralın Hıristiyan toplumundaki konumunu tamamen değiştirerek Kilise ile devleti ayırmanın yollarını araştırmıştır. Bu kralın zorunlu olarak papaya tabi olması anlamına gelmemektedir, her ne kadar Gregorius kendi argümanlarına dayanarak lehine olan bu sonucu çıkarmış olsa da. Ancak kesinlikle kralın yarı-kutsal konumunun ve iktidarının niteliği zorunlu olarak değişmesi anlamına gelmektedir.
1302'de Papa VIII. Boniface, "Her kim ki, seküler kılıcın da Peter'ın ellerinde olduğunu reddederse, o Tanrı'nın sözlerini anlamamış demektir" diyerek Gregorius'un görüşlerini daha da ileri götürmüştür. Bu görüş, papanın İsa Mesih'in yeryüzündeki temsilcisi olarak "yetkisinin tamlığı" (*plenitudo potestatis)* öğretisi ile de uyumludur. Ancak, ruhani kılıcı doğrudan papa kuşanırken seküler kılıç papanın görevlendirdiği krallarda ve prenslerdedir. Southern, *Western Society,* s. 143. Ayrıca bkz. Tierney, *Crisis of Church and State,* ss. 183, 188-189. Bkz. 7. Bölüm.

açıklığa kavuşmuş olmalı. Papalık Devrimi, imparator ve krallardan önceden sahip oldukları ruhani yetkileri alarak daha sonra ortaya çıkacak olan modern seküler devletin temelini atmıştır. Daha önemlisi modern devlet ortaya çıktığında, kilise ile benzer yapıdaydı -kilisenin ruhani bir topluluk olarak ebedi hayatla meşgul olan dinî işlevleri hariç. Kilise bir kilise-devletin, *Kirchenstaat*, paradoksal karakterini taşıyordu; dünyevi işlevleri de yerine getiren ruhani bir topluluktu ve oluşumu bir modern devlet biçimindeydi. Öte yandan seküler devlet ise dinî işlevleri bulunmayan bir devletin paradoksal karakterini taşıyordu; seküler bir yönetimdi ancak bütün uyrukları ayrı bir ruhani otoritenin altında da yaşamaya devam ediyordu.

Papalık Devrimi, kilise içinde, devlette ve ne tümüyle kilise ne de tümüyle devlet olabilen bir toplumda seküler ve ruhani değerler arasında yaşanan gerilimi miras bırakmıştır. Ancak aynı zamanda bu gerilimi yatıştırmak ve sistemde dengeyi sağlamak üzere hem dinî ve hem seküler idari ve hukuki kurumları da miras bırakmıştır.

Modern Hukuk Sistemlerinin Yükselişi

Papalık Devrimi, Batılı ilk modern devleti doğurduğu gibi ilk Batılı modern hukuk sistemlerini de doğurmuştur, bunlardan ilki de modern Kanon hukuku sistemidir.

Kilise, erken yüzyıllardan itibaren pek çok yasayı -kilise konsül ve sinodlarının kanonlarını (yani kuralları) ve kararnamelerini, Roma piskoposları dâhil piskoposların bireysel emirname ve kararlarını ve Hıristiyan imparator ve krallarının kilise ile ilgili yasalarını- toplamıştır. Kilise aynı zamanda çeşitli günahların ve bunların cezalarının belirlendiği pek çok Kefaret Defteri (din görevlileri için el kitabı) oluşturmuştur. Bütün bu yasaların İncil'de (Eski ve Yeni Ahit'te) ve ilk kilise babalarının (Smyrna'lı Polycarp, Kartaca'lı Tertullian, Nyssa'lı Gregorius ve Hippo'lu Augustine gibi) yazmalarında bulunan kaidelere uygun oldukları düşünülmüştür.

Kanonlarda birleştirilen tüm bu yürürlükteki buyruklar; rahiplerin günah çıkardığı ve cemaatine kutsal ekmeği dağıttığı, piskoposların rahipleri ve kiliselerini kutsadığı ve kendi bölgelerindeki ihtilaflara arabuluculuk yaptıkları, piskoposların başpiskoposlarına (büyükşehirlerdeki bölge ve yerleşimlerin piskoposları) karşı sorumlu oldukları ve bütün piskoposların Roma Pis-

koposu'na eşitler arasında birinci olduğunu kabul ederek sadakat yemini ettikleri her yerde, altıncı ve onuncu yüzyıllar arasında Batı Hıristiyan âleminde aşamalı olarak ortak bir teolojik öğretinin, (Latince) ortak dinî hizmetlerin, büyük günahlara (cinayet, yemine uymama, hırsızlık gibi) ilişkin kurallar demetinin ve ortak bir kilise disiplini ve yapısının kurulmasını sağlamıştır. Ancak ne var ki, 1000 yılına dek ne kilise hukukunun bütününü ne de bu hukukun bir parçasının sistematik bir özetini sunan bir kitap ya da kitap dizisi mevcuttu. Öte yandan dikkat çekici sayıda kanon derlemesi ile kilise konsüllerinin özel kanonları ve önde gelen piskoposların kararnamelerini içeren kanonlar vardı. Bu derlemeler genellikle kaynaklarına göre geniş kategoriler (konsül kanonları, papaların mektupları ve kilise babalarının sözleri) halinde kronolojik olarak düzenlenmişti. Kimi derlemeler ise bazı başlıkların (Atamalar, Kilise Mahkemeleri, Liturji, Evlilik, Sapkınlık, Putperestlik gibi) altında toplanarak ayrılmıştı. Ancak bunların çok azı her yerde geçerliydi; neredeyse hepsi genellikle bölgesel öneme sahipti.

On birinci yüzyılın sonlarından önceki Kilise hukukunun parçalılığı, kilisenin siyasi hayatının parçalı karakteri ile yakından ilişkiliydi. Kural olarak piskoposlar, papalardan ziyade imparatorların, kralların ve önde gelen feodal lordların otoritesi altındaydı ancak seküler otoritelerin müdahale etmediği dinî meselelerde bir piskopos, kendi bölgesinde kayda değer bir özerkliği haizdi.[38] Kilise'nin evrenselliği, siyasi ya da hukuki bir gövde olmasından ziyade ortak bir ruhani mirasa, ortak bir öğretiye ve ibadet usullerine ve ortak bir litürjiye dayanırdı. Sahip olduğu siyasi ve hukuki birlik, her şeyin ötesinde, onun ruhani evrenselliğinin muhafazası ile bağlantılıydı. Bu bağlamda Batı Kilisesi, Doğu Kilisesi gibiydi. Kilise'nin hukuku, büyük ölçüde teolojik öğreti, litürji ve dinî törenlerle iç içe geçmişti; örgütsel meselelerle ve piskoposların otoritesi ile tâli olarak meşgul olurken mülkiyet, ceza hukuku, haksız fiil, usul, miras ve diğer meselelerle ise neredeyse hiç meşgul olmazdı. Hukukun bu ikincil ve üçüncül meseleleri bütünüyle seküler hukukla birleşmişti ve seküler hukukun kendisi de büyük ölçüde politik, ekonomik ve toplumsal âdetlerle karışmıştı.

---

[38] Atama Mücadelesi'nin bir sonucu olarak piskoposluk otoritesinin niteliğinin dönüşümü için bkz. Robert L. Benson, *The Bishop-Elect: A Study in Medieval Ecclesiastical Office* (Princeton, N.J., 1968). Benson, bu bölümün temelini oluşturan kaynak materyallerin çoğunu tahlil etmektedir.

Papalık Devrimi'nin ardından yeni bir kanon hukuku sistemi ve yeni seküler hukuk sistemleri ile onlara eşlik eden profesyonel hukukçular ve yargıçlar, yargısal hiyerarşi, hukuk okulları, hukuki anlaşmalar ve özerk, bütünleşik, gelişen ilke ve usuller gövdesi olarak hukuk kavramı ortaya çıkmıştır. Batı hukuk geleneği, "şeylerin doğru düzeni"ni ya da "dünyanın adil düzeni"ni kurmak için savaşan bütüncül bir devrim bağlamında biçimlenmiştir.[39] "Adil düzen" toplumda kilise ve seküler otoritelerin ayrıldığı yeni bir bölünme; kilise otoritesinin politik ve hukuki bir varlık olarak kurumsallaşması ve kilise otoritesinin seküler toplumu dönüştürme sorumluluğuna duyulan inanç anlamına geliyordu.

Kilise ve seküler hukuk sistemleri düalizmi, kilisenin hukuk düzeninin içinde seküler hukuk sistemlerinin çoğulluğuna ve daha özelde ise kilise mahkemeleri ile seküler mahkemelerin yargı çevrelerinin çakışmasına yol açmıştır. Dahası hukukun dizgeleştirilmesi ve rasyonalizasyonu, çatışan çoklu hukuk sistemleri arasındaki dengenin korunabilmesi için gerekliydi. Nihayetinde şeylerin hakça düzeninin Papalık tarafından öne sürülmesi, hukukun; çatışan otoritelerin sentezlenmiş ilkeler temelinde uzlaştırılmasını mümkün kılacak biçimde dizgeleştirilmesine ve rasyonelleştirilmesine işaret ediyordu. Karşıtlıklar mümkün olduğunca onları oluşturan unsurlar tahrip edilmeden çözümlenecekti.

Papalık Devrimi'nin ardından Avrupa'da ortaya çıkan yeni hukuk algısını ve yeni hukuk türleri şöyle özetlenebilir: (1) Çeşitli grup bağlılıklarının bulunduğu geniş ölçüde yayılmış bir nüfusun, merkezî otoriteler aracılığıyla denetlenmesi; (2) Ruhbanların ayrı kurumsal kimliklerinin korunması ve onların sınıf bilincine yeni hukuki boyutların eklenmesi; (3) Seküler yönetimler ile kilise yönetimleri arasındaki çatışmalı ilişkilerin düzenlenmesi; (4) Seküler otoritelerin kendi yargı çevrelerinde barışı ve adaleti tesis etme görevlerini planlı ve programlı biçimde yerine getirebilmelerine olanak sağlamak; (5) Kilise otoritelerinin dünyayı yeniden düzenleme görevlerini planlı ve programlı biçimde yerine getirebilmelerine olanak sağlanması.

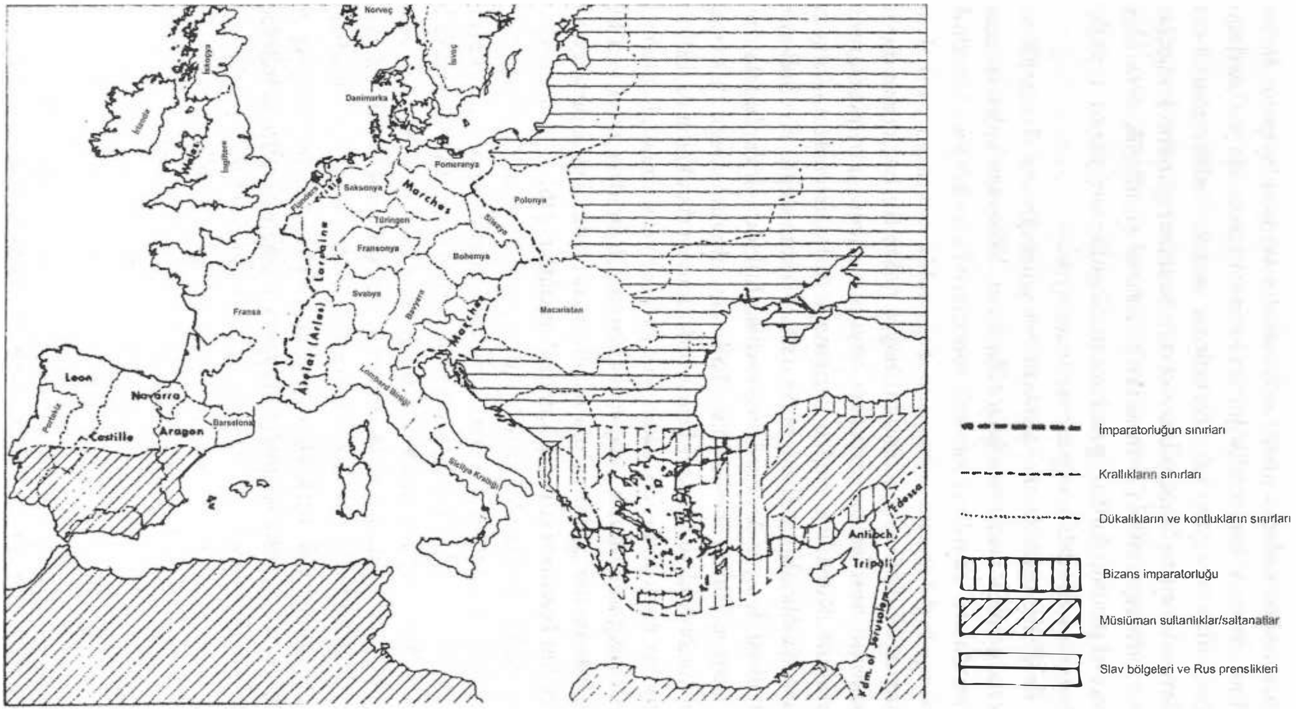
---

[39] İlk ibare Rosentock'un *Europaishen Revolutionen* (1931) adlı eserindendir. İkincisi ise Tellenbach'ın *Libertas: Kirche und Weltordnung* (1936) adlı eserindendir. On birinci yüzyılın reformcuları tarafından kullanılan ifade basitçe "adil düzen"di.

Papalık Devrimi'nin en önemli sonucu, onun Batı tarihinde bir devrimin deneyimlenmesini sağlamış olmasıdır. Tarihi bir çürüme süreci olarak gören eski seküler tarih anlayışının yerine tarihe dinamik bir nitelik kazandırılmış; zamanda bir ilerleme algısı, dünyayı yeniden düzenleme inancı belirmiştir. Artık "dünyevi hayatın" kaçınılmaz olarak Kıyamet gününe kadar kötüye gideceği varsayılmamaktaydı. Aksine şimdi -ilk defa- ilerlemenin sonraki kurtuluşun kimi ön koşullarının yerine getirilebilmesini sağlayabileceği varsayılmaktaydı.

Belki de yeni zaman algısının ve geleceğin en dramatik tasavvuru Gotik mimaride öngörülmüştür. Yükselen kuleleri, uçan payandaları, uzatılmış kemerli tonozlarıyla muhteşem katedraller başarı duygusunu; en yüce değerlerin cisimleşmesini ifade etmiştir. Dikkate değer olan bir başka nokta ise, bu katedrallerin inşaatının nesiller ve yüzyıllar boyunca sürmesinin planlanmış olmasıdır. Kurtuluşa doğru ilerlemeye duyulan inancın daha az dramatik olmakla birlikte belki daha dikkate değer sembollerinden birisi de aynı dönemde inşa edilen hukukla ilgili abidelerdir.

Sadece daha önceki Batı halk hukukunun değil Iustinianus'tan önceki ve sonraki Roma hukukunun da aksine on birinci yüzyılın sonları ile on ikinci yüzyıldaki ve sonrasında Batı'da hukuk organik olarak gelişen bir sistem; süregiden, büyüyen bir ilke ve usuller gövdesi olarak ele alınmıştır. Tıpkı nesiller ve yüzyıllar boyunca sürecek katedral inşaatları gibi.



Harita 2: Takriben 1200'de Batı Avrupa

3 | *Avrupa Üniversitelerinde Batı Hukuk Biliminin Ortaya Çıkışı*

Maitland, on ikinci yüzyılı "bir hukuk yüzyılı" olarak adlandırmıştı. On ikinci yüzyıl bunun daha fazlasıdır: On ikinci yüzyıl hukukun yüzyılıydı, Batı hukuk geleneğinin biçimlendiği yüzyıldı. Ne var ki, geleneği başlatan devrimci olaylar ve ilk hukuki başarılar on ikinci yüzyılda değil, on birinci yüzyılın sonlarında gerçekleşti; Papa VII. Gergory'nin Buyrukları, İngiltere, Normandiya ve Sicilya'nın Norman yöneticilerinin yönetimsel tedbirlerinin merkezîleştirilmesi, büyük Kanon hukukçusu Chartres'li Ivo'nun (1040-1116) ve büyük Roma hukukçusu Irnerius'un (1060-1125) bilimsel başarıları.

Batı hukuk sistemlerinin on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda ortaya çıkması, ilk Avrupa üniversitelerinin ortaya çıkmasıyla yakından ilişkilidir. Orada, Batı Avrupa'da hukuk ilk defa, hukuki kararların, kuralların ve kararnamelerin nesnel biçimde ele alındığı ve sistemin temelindeki genel ilke ve hakikatlerle açıklandığı ayrı ve dizgeleştirilmiş bilgi kaynağı, bir bilim olarak öğretilmeye başlandı. Yeni hukuk biliminin tedrisatından geçerek mezun olan nesiller, ortaya çıkmakta olan dinî ve seküler devletlerde danışman, yargıç, avukat, idareci olmak ve yasa hazırlamak üzere yüksek mahkemelerde ve diğer dairelerde görev aldılar. Böylece geleneklerle ve siyasi dinî kurumlarla kaynaşmış eski hukuk düzenlerinden yeni bir hukuk sistemini söküp çıkardılar ve eğitimlerini yasal normlardan oluşan karmaşık yığını tutarlı bir biçimde yapılandırmak için kullandılar.

Kuşkusuz, kurallar ve usuller gibi alışıldık hukuki veriler ile hayvan davranışları ya da bir madde ile inşa edebileceğinden daha fazla bilim inşa edilemez. Hukuk bilimi, eğer öyle bir şey varsa, böylesi hukuki verilerin bilimsel olarak araştırılmasını ve hukuk *hakkında* bilimsel bilgi kaynaklarını gerektirir; tıpkı doğa bilimlerinin veya biyoloji biliminin hayvanların yaşamları veya meselelerinin bilimsel olarak incelenmesi veya bunlar hakkında elde edilen bilgiler bütünü olması gibi. Yine de bilimin bakış açı-

sından hukuki veriler ya da diğer toplumsal veriler ile maddi veri arasında fark bulunmaktadır. Zira toplumsal faaliyetlere katılanlar, ne yaptıklarının farkındadır ve onların bilinci, bu verinin zorunlu bir parçasıdır. Dahası bilincin bizatihi kendisi, bir bilimin niteliklerine sahip olabilir ya da bu nitelikleri kazanmaya çalışabilir. Belki faaliyetin aktörleri, kendi eylemlerine dair kendi gözlemlerine, sistematik, nesnel ve doğrulanabilir bilgi kaynağı özelliğini atfedebilir. Bu, aslında on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda hukuka olandı: Hukuk kuralları, hukuki kavramlar, kararlar ve usuller, hukuki bilgi ve bu bağlamda da bilimin tam zıddı olarak kaldı. Ancak hukuki faaliyetlere katılanların bilinci, bunların sistematik olarak incelenmesini ve bilimin kimi niteliklerine sahip bilgi kaynakları yığınını kapsar hale geldi. Ek olarak bilim, hukuk *hakkındaki* bilgi birikimi, hukuki verilerin kendisinin bir parçası olarak ele alındı. İdrak yorumlamayla, yorumlama uygulamayla birleşti. Örneğin On Emir'in öldürmeyi yasakladığı, buna karşılık İncil'in diğer pasajlarında, öldürmenin meşru müdafaa halinde cezalandırılmayacağını ya da kazayla olması halinde mazur görülebileceğini işaret ettiğine dair bilimsel gözlemin kendisi, uygulanabilir bir hukuk kuralının ifadesidir. Yani İncil'e göre cinayet ilk bakışta yasaya aykırıdır (*prima facie illegal*) ancak meşru ya da mazur görülebilir. Gözlemin kendisinin hukuk olması yahut hukuk haline gelebilecek olması -gözlemlenen şeyin bir parçası olarak- hukuk bilimini doğa bilimlerinden ayırır. Gerçekten belki de bu yirminci yüzyılda "hukuk bilimi" ya da "hukukun bilimi" ifadelerinin, Fransızca, Almanca, İtalyanca, Rusça ve diğer dillerde yaygın biçimde kullanılırken İngiltere'de ve Amerika'da neredeyse tedavülden kalkmasının sebeplerinden birisidir. Bu ifadelerin kullanıldığı dillerde bilim sözcüğünün pek çok çağrışımı bulunmaktadır ve bu dillerde hukuk ile meta-hukuk; uygulamadaki hukuk ile tasarlanmış hukuk kolayca ayırt edilebilir (*Recht* ve *Rechtswissenschaft*; droit ve *la science du droit*).

Batı'da hukukun 1000'li yılların sonunda ve 1100'lü yıllarda ayrı bir bilim olarak çalışılmaya ve öğretilmeye başlandığını ve hâkim hukuk düzenlerinin siyaset ve dinden ayrışmaya başladığını söylemek, pek çok soru doğurmaktadır. İlk hukuk öğretmenleri ne öğrettiler? Yürürlükteki yasalar ve hukuki kurumlar, hem dinî hem seküler olanlar, büyük ölçüde yerel ve geleneksel iken ve yine büyük ölçüde dinî inanç ve uygulamalarla ve genel

olarak siyasi, ekonomik ve toplumsal hayatla birleşmişken hukuk öğretmek nasıl mümkün olabilirdi?

Cevap modern kulaklara tuhaf gelebilir. Batı'da düzenli olarak ilk kez çalışılan ve öğretilen hukuk yürürlükteki hukuk değildi; on birinci yüzyılın sonuna doğru bir İtalyan kütüphanesinde günışığına çıkan hukuk içerikli antik bir el yazmasıydı. Bu elyazması ise, Roma İmparatoru Iustinianus döneminde -yaklaşık beş yüz yıl önce- İ.S. 534'te hukuki materyallerin telif edildiği devasa bir derleme olan *Digesta*'sının kopyası idi.

Iustinianus döneminde Constantinople'de telif edilen Roma hukuku, Cermen halk hukukundan çok farklı, hayli gelişmiş ve hayli sofistike bir hukuk sistemiydi. Bu hukuk sistemi bir vakitler Doğu Roma İmparatorluğu'nda olduğu gibi Batı Roma İmparatorluğu'nda da yürürlükteydi. 476 yılında Batılı son imparatorlar azledildiğinde ve bundan da uzun zaman önce Batı'da Roma İmparatorluğu'nun yerini ilkel kabileler; Gotlar, Vandallar, Franklar, Saksonlar ve diğer Cermen halkları almıştı. Roma hukuku, altıncı yüzyıldan sonra Batı'da sadece parçalar halinde kaldı ancak Bizans denilen ve Güney İtalya'yı da kapsayan Doğu Roma İmparatorluğu'nda bir sistem olarak büyümeye devam etti. Roma hukukunun kimi özgül kuralları ve kavramları, Batılı dinî ve seküler otoritelerin belirli yasalarında ve bugün Fransa ve Kuzey İtalya olan bölgede yaşayan halkların gelenek hukukunda görüldü. Aynı zamanda Karolenj dönemi ve sonrası Frank krallarının Roma imparatorlarının halefi oldukları fikri, özellikle de imparatorluğun otoritesini ilgilendiren konularda, Roma hukukunun belirli düstur ve ilkelerinin ayakta kalmasını sağlamıştır. Cermen kralları tarafından çıkarılan gevşekçe düzenlenmiş yasalar dikkate değer sayıda Roma hukukundan alınmış kural ve kavram içermektedir. Ancak Iustinianus'un derlemesi keşfedildiğinde Batı Avrupa'da Roma hukukunun bir sistem olarak geçerliliği hayli sınırlıydı. Metinler ortadan kaybolmuştu; terimler yeni anlamlar kazanmıştı. Batı Avrupa'da Romalı *magistra*'ların (*praetor*) hukukçuların (*jurist*) ya da avukatların (*orator*) mevkidaşları bulunmuyordu. Mevcut hukuki kurumların çoğu Cermen ya da Frank kurumuydu. Bu nedenle Avrupa'nın ilk dizgeleştirilmiş hukuk çalışmalarını, geçmişteki bir uygarlığın devasa kitaplarında yahut kitap dizilerinde yer alan hukuki kaynaklar ve sistem biçimlendirmişti.

Bu kritik önemdedir, zira antik metinleri çalışan hukukçular,

çağdaşlarının çoğu gibi, bu eski uygarlığın; Roma İmparatorluğu'nun hem Batı'da hem de Doğu'da kendi zamanlarına dek ayakta kaldığına inanıyorlardı. Roma İmparatorluğu özel bir bağlamda ayakta kalmıştı -yeni bir formda, bir insanın bedenini ayakta tutacak olan ruh gibi. Daha da önemlisi bu hukukçular Roma İmparatorluğu'nun kalıcı ve evrensel bir niteliği olduğuna da inanıyorlardı. Bu nedenle de Iustinianus'un yasalarını sadece İ.S. 534'te Bizans'ta uygulanan hukuk olarak değil, her yerde ve her zaman geçerli hukuk olarak değerlendirmişlerdir. Başka bir ifade ile bu hukuku hakikat olarak almışlardır -tıpkı İncil'i, Platon'un eserlerini ve daha sonra Aristoteles'i aldıkları gibi. Ne var ki, örneğin Iustinianus'un derlemelerinde arazi sahipliğine dair yazılı olan yasalar 1100 yılında Toskana ya da Normandiya'da geçerli olan feodal mülkiyet hukukuna dair bir hüküm içermiyordu. Ancak bu Iustinianus'un derlemesinde yer alan hükümlerin "hukuk" olmadığı anlamına gelmiyordu; aksine gerçek hukuktu; ideal olan hukuktu; aklın cisimleşmiş haliydi. Üstelik Toskana da Normandiya da kendilerinin Roma'nın devamı olduklarını düşünüyorlardı, tıpkı Kilise'nin ya da Hıristiyan âleminin İsrail'in devamı olduklarını düşündükleri gibi. 1080'de Iustinianus'un derlemesinin bir kopyasının keşfi Eski Ahit'in uzun zamandır kayıp olan bir ekinin bulunmasının yaratabileceği bir ruh haliyle karşılanmıştı. Bu nedenle on üçüncü yüzyıl İngiliz hukuku üzerine yazılmış Bracton'ın *Treatise on Laws and Customs of England* adlı kapsamlı çalışmasında; yazar (ya da yazarlar) Iustinianus'un *Digesta*'sından, hiçbir ekleme yapmadan, çoğu kralın mahkemesinde uygulanmadığı halde İngiltere'deki hukukun bu olduğunu varsayarak yaklaşık beş yüz bölüm alıntılamıştır.[1] Gerçekten de Bracton, Kral'ın mahkemelerinde uygulanan İngiliz geleneklerinin, antik Roma metinlerindeki kadar gerçek "hukuk" yarattığını ileri sürmek durumundaydı.

Batı hukuk geleneğinin oluşumu için iki bileşen daha gerekliydi. Bunlardan ilki, antik hukuki metinlere uygulanan analiz ve sentez yöntemiydi; bu yöntem modern zamanlarda bir şekilde aşağılanarak "skolastisizm" olarak adlandırılmıştır. İkincisi ise skolastik yöntemin Roma hukuku metinlerine uygulandığı bağlam, yani üniversite idi.

[1] Bkz. Samuel E. Thorne, ed., and trans., *Bracton on the Laws and Customs of England, I* (Cambridge, Mass.), xxvi. Thorne, Maitland'ın Bracton'ın "kötü bir Roma hukukçusu" olduğu görüşünü ikna edici biçimde çürütmektedir.

Bu üç unsur -Roma İmparatoru Iustinianus döneminde telif edilen hukuki eserlerin keşfi, bu metinlerin analiz ve sentezinin yapıldığı skolastik yöntem ve Avrupa üniversitelerinde hukukun öğretilmesi- Batı hukuk geleneğinin kökleridir. Roma hukuku, hukukla ilgili temel sözcükleri İngiltere de dâhil olmak üzere bütün Avrupa'ya kazandırmıştır. Batı'da skolastik yöntem, bugüne dek hukuki düşüncenin baskın biçimi olarak kalmıştır. Üniversiteler beraberinde Avrupa'nın her yerinden öğrenci ve öğretmenleri bir araya getirmiş; onların sadece hukuk öğrenci ve öğretmenleri ile değil teoloji, tıp ve beşerî bilimlerin öğrenci ve öğretmenleri ile de iletişim kurmasını sağlamıştır. Üniversiteler onları uğraş, bugünün deyimiyle meslek sahibi yapmıştır.

Bologna Hukuk Okulu

On birinci yüzyılın sonlarına doğru İtalya'nın çeşitli kentlerinde ve başka yerlerde yenice keşfedilmiş Roma hukuku metinleri çoğaltılmaya ve incelenmeye başlandı. Öğrenciler bir araya geliyor ve metinleri tefsir etmek üzere bir yıllığına bir öğretmen tutuyorlardı; yasal formu Roma hukukundaki öğrenci-öğretmen ortaklığından *societas* uyarlanmıştır. Bu öğretmenlerden özellikle birisi, tarihsel olarak Irnerius olarak tanınan Guarnerius, 1087 yılında İtalya'da hukuk öğretmeye başladı; diğerlerine üstünlük sağladı ve Avrupa'nın her yerinden öğrenciler akmaya başladı.[2] Onun okulu ölümüne kadar ayakta kaldı. Modern tahminlere

---

[2] Haskins şöyle yazmaktadır: "Bologna'dan önce de hukuk çalışılan başka merkezler, Roma, Pavia, Ravenna gibi, vardı. Irneriuss'tan önce de Bolognalı hukukçular vardı, mesela "Bologna'nın parlak ve aydınlık ışığı" Pepo. O Pepo ki belki 1065'te ama daha kesin bir tarih olarak 1076'da Digesta'nın kullanıldığı davanın ta kendisinde bulunmuştu..." Bkz. Charles Haskins, *The Renaissance of the Twelft Century* (Cambridge, Mass., 1927), s. 199. Bununla birlikte yine Haskins'in belirttiği üzere "hukuku nihayet retorikten [belagat] ayıran ve ona bağımsız bir çalışma alanı niteliğini kazandıran" da Irnerius'tur. Böylece hukuk "artık özet ve taslak olarak değil de *Corpus Juris* metinlerini temel alarak çalışılabilmiş ve bütün şimdi parçalarını da açıklayabilir olmuştur". Bu son kısım, bu bölümün de anahtarıdır.
İngilizcede Bologna hukuk okuluna ilişkin en iyi çalışma için bkz. Hastings Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages* (Oxford, 1936), I, 87-267. Bu meseleye ilişkin klasik çalışma ise hâlâ Savigny'nindir. Bkz. Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittlealter,* 2nd ed., III (Heidelberg, 1834), 137-419. Kısa ama enfes bir çalışma için bkz. David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (New York, 1962), ss. 153-184. Sadece Bologna'daki hukuk öğretimine değil Bologna sisteminin diğer Avrupa üniversitelerine aktarımı ile de ilgili paha biçilemez bir çalışma için Helmut Coing, ed., *Handbuch der Quellen und Literatur der neuren europaischen Privatrechtsgeschicte,* I (Munich, 1973), 39-128.

göre on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda herhangi bir zamanda Bologna'daki öğrenci sayısı binden on bine uzanıyordu.[3]

Öğrencilerin çoğu, yabancı oldukları için hukuken belirsiz bir durumdaydı. Örneğin herhangi bir yabancı, herhangi bir hemşehrisinin borçlarından sorumlu tutulabilirdi. İngiliz bir tacirle davalı olan Bolognalı bir tacir zararını, el altındaki İngiliz hukuk öğrencilerinden herhangi birisinden zorla tahsil edebilirdi. Kendilerini böylesi tehlikelerden korumak için öğrenciler "ulus" grupları olarak etnik ve coğrafi kökenlerine göre toplandılar - Franklar, Picardlar, Provançallar, Almanlar (Cermenler), Anglolar, İspanyollar ve diğerleri ile toplamda yirmi-yirmi beş ulus. Nihayetinde öğrenciler, iki tüzel birlik ya da loncanın çatısı altında birleştiler; bunlardan birisi Alpler'in kuzeyinden gelen bütün öğrencileri diğeri ise Alpler'in güneyinden gelen bütün öğrencileri kapsıyordu. Bu grupların her biri bir *universitas* biçiminde; hukuki kişiliği olan birlik -ya da bugünün terminolojisiyle tüzel kişilik anlamındaki bir Roma hukuku terimi- altında örgütlenmişti. Profesörler öğrenci *universitas*'ının üyesi değildi.

Bologna'daki öğrenciler açısından örgütlenmenin faydaları ortadaydı; Orta Çağ'ın ölçütlerine göre olgun genç adamlar olan delikanlılar aktif bir politik hayata hazırdılar. Birlik olduklarında hem kent yönetimi ile etkili pazarlıklar yapabiliyor hem de okul yönetimine baskı yapabiliyorlardı. Bologna, çok kısa bir süre Paris'te kurulan ve profesörlerin denetimindeki üniversitenin aksine, Orta Çağ'ın öğrenci denetimindeki yüksek öğretim kurumlarının arketipiydi. Böylesi kurumların tümüne artık üniversite deniyordu. Bugünkü anlamıyla üniversite için kullanılan terim -yani bir kurumun ya da işletmenin tümünü ifade eden terim- genel olarak ulaşılabilir ve kabul edilebilir olmaya işaret eden *studium generale*'dir (genel eğitim). Bir kurumun *studium generale* olarak adlandırılabilmesi için çeşitli bölümlerinin olmasına gerek yoktu; bir hukuk ya da teoloji fakültesi de *studium generale* olarak adlandırılabilirdi.

Öğrenci *universitas*'ları ya da toplulukları ya da loncaları Bo-

---

[3] Odofredus, on üçüncü yüzyılın başlarında Bologna'da 10 bin öğrencinin bulunduğunu belirtmektedir. Bu sayı kimi öncü âlimlere göre şüphelidir; Coing, Handbuch'ta (s. 81) öğrenci sayısının bin olduğunu tahmin etmektedir. Öte yandan 10 bin sayısı kimi öncü âlimlere göre de şüpheli değildir. Mesela bkz. Heinrich Denifle, *Die Entstehung der Universitaten des Mittlealters bis 1400* (Berlin, 1885), s. 138; Albano Sorbelli, *Storia della Universita* di Bologna, vol I, *Il Medioevo: Secc. XI-XV* (Bologna, 1944), s. 209.

logna kent yönetimi ile bir sözleşme yaparak bir imtiyaz aldılar. Buna göre, öğrenciler profesörlerle sözleşme yapabilecek; öğrenci lojmanlarının kiralarını, öğretilecek dersleri ve bu derslerin materyallerini, derslerin ne kadar süreceğini ve tatil günlerini, kitapların satış ve kiralama fiyatlarını belirleyebilecekti. Öğrenciler profesörlere, derslerde o dersin ücretini doğrudan ödeyecekti.

Ayrıca öğrenci loncalarına, kendi üyeleri üzerinde geniş bir medeni yargı ve ceza yargısı yetkisi verilmişti. Böylece öğrenciler yabancı olmaktan kaynaklı medeni kısıtlamalardan muaf tutulmuş ve kendilerine bir çeşit yapay vatandaşlık kazanmışlardır.

Bologna Şartı'na göre öğrenci loncası "kardeşçe sevginin, karşılıklı birlik ve dostluğun geliştirilmesi; dostluk, hasta ve muhtaçların bakımının üstlenilmesi; cenazelerin düzenlenmesi; nefret ve kavganın ortadan kaldırılması; doktora adaylarının ziyaret edilmesi ve sınav yerinde onlara eşlik edilmesi ve üyelerinin ruhani mutluluğu"ndan sorumludur.[4]

Profesörler de kendi birliklerini oluşturdular; doktora adaylarına sınav yapma ve onları kabul etme ve sınav ücretlerini belirleme yetkisine sahip olan öğretmenler koleji (birliği). Doktora derecesi esasında öğreticilik mesleğine kabul anlamına geldiği için, profesörler kendi loncalarının üyelerini belirleme hakkını ellerinde tuttular ancak hepsi bu kadardı. Eğer öğrenciler bir profesörün işinin hakkıyla yerine getirmediğini düşünürlerse onun dersini boykot eder ve ona ödeme yapmayı reddederlerdi. Eğer bir ders, ders zili çaldığında zamanında başlamazsa ya da ders sonu zili çalmadan önce biterse yahut dersler dönemin sonuna dek devam etmezse; öğrenci loncası profesöre para cezası verirdi.

Öğrenci *universitas*'ının yönetim organı, her iki "taraf"tan iki üyenin seçildiği bir genel kuruldu. Genel kurul rektörü seçerdi ve her bir taraf bu görev için bir aday gösterme hakkına sahipti. Rektör en az yirmi dört yaşında olmalıydı ve beş yıldır orada ikamet etmeliydi. *Baccalurate* (mezuniyet belgesi) rektör tarafından verilirdi. *Denouncer of Rector* (Rektörün Muhbirleri) adlı bir öğrenci komitesi, rektör tarafından profesörlerin usulsüzlüklerini rapor etmek üzere atanırdı.

Genel kurul, oy çokluğuyla karar alırdı. Önemli meseleler, bütün öğrencilerin katılmak zorunda olduğu bir toplantıda (kongre) karara bağlanırdı; her öğrencinin söz ve oy hakkı vardı.

---

[4] Rashdall, *Universities of Europe*, ss. 159-160.

Genel kurulun üniversite tüzüklerini çıkarma yetkisi vardı. Tüzükler, kurumun harç ve gelirler, kitapların kira bedelleri, ikamet ve ödünç para vermeye ilişkin kurallar da dâhil olmak üzere ekonomik faaliyetlerini; öğrenci ve profesörlerin disiplin hükümleri ile müfredatın pek çok boyutunu düzenliyordu. Öğrencilerin özyönetimi üzerindeki en ciddi sınırlama, kongre tarafından çıkarılan bir tüzüğün yürürlüğe girmesinden itibaren yirmi yıl geçmedikçe değiştirilememesi kuralıydı. Bu kuralın tek istisnası, yürürlükteki bir tüzüğün ancak hem öğrencilerin hem de profesörlerin oybirliği ile değiştirilebilmesiydi.

Öğrencilerin gücünün kaynağı kısmen ekonomikti. Öğrenciler ya varlıklı ailelerin oğullarıydılar ya da bir vakıf tarafından, genellikle manastırlarca destekleniyordu ve beraberlerinde büyük bir geliri kente getiriyorlardı. Eğer öğrenciler memnun edilmezlerse, profesörleri de yanlarına alarak kolayca göç edebilirdi. Yatakhaneler, yemekhaneler ve ders salonları ya öğrencilerden ziyade kente ya da girişimcilere ait olduğu için, öğrencilerin kentten ayrılması ciddi ekonomik krize yol açıyordu. Zamanla profesörlerin ücretleri kent tarafından karşılanmaya başlamış ve karşılığında kenti terk etmeme yemini etmişlerdir. Bu gelişme, öğrencilerin üniversite üzerindeki denetimlerini büyük ölçüde azaltmıştır.

Kilise'nin hiyerarşisi de hukuk eğitiminin denetiminde önemli rol oynamıştır. Eğitim on ikinci yüzyılda İtalyan kentleri hariç bütün Avrupa'da seküler otoritelerden ziyade Kilise otoriteleri tarafından denetlenmiş ve yönetilmiştir. Ne var ki, 1219 yılında, Bologna'daki eğitim başladıktan bir yüzyıl sonra, papa hiç kimsenin Bologna Başdiyakoz'u tarafından sınava tabi tutulmadan ve ondan izin belgesi almadan öğretici olamayacağını (doktora derecesi alamayacağını) emretmiştir. Aslında başdiyakoz, İtalya'daki diğer üniversiteler söz konusu olduğunda benzeri makamda olan başpiskopos, bizzat kendisi soru sormazdı, daha ziyade sınavlara nezaret ederdi. Papa'nın 1219'daki kararnamesi, öğretmenlerin öğrencilerini değerlendirme özgürlüğünü kısıtlamıştır ve bu emirden sonra, her yerde olduğu gibi İtalya'da da öğretmen olabilmek için kiliseden *licentia docendi* (öğretmenlik belgesi) almak gerekmiştir. Üniversitelerin başpiskoposlar tarafından böyle uzaktan yönetilmesi, Avrupa'nın pek çok bölgesinde öğrencilerin dönem dönem isyan etmesine neden olmuştur.

Ancak burada tarihsel olarak daha önemli olan, üniversitelerin kilise tarafından denetlenmesinden ziyade üniversitelerin

daha önceki eğitim kurumları ile karşılaştırıldığında, bu denetime rağmen sahip olduğu görece özgürlüktür. On birinci yüzyıldan evvel Avrupa'da formel eğitim, neredeyse sadece manastırlarca yürütülmüştür. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda katedral okulları ortaya çıkmış ve yavaş yavaş üstünlük kazanmışlardır. Katedraller başpiskoposların makamı oldukları için katedral okulları da başpiskoposların doğrudan denetimi altındaydı; manastırlar da başrahiplerin mekânı oldukları için manastır okulları da doğrudan başrahiplerin denetimi altındaydı. Bu nedenle bir öğretmen başpiskoposa ya da başrahibe karşı çıkmaya kolay kolay cesaret edemezdi. Öte yandan Bologna Üniversitesi'nin Papa VII. Gregorius'un dostu olan Toskana Düşesi Matilda'nın Irnerius'u Roma hukukunu öğretmek üzere çağırdığı zaman kurulduğu söylenir. Bu nedenle yüz yıldan fazla bir süre Bologna'daki öğretim kilisenin doğrudan denetiminden bağımsız kalmıştır. Kuşkusuz azımsanamayacak ölçüde dolaylı bir baskı vardı; örneğin Irnerius'un kendisinin, papalığa karşı imparatorun davasını desteklediği için aforoz edildiği söylenir. Ancak yine de Bolognalı hukukçular Roma hukukundaki kimi hükümleri imparatorluğun ya da papalığın çatışan iddialarını desteklemek üzere kullanmakta genelde özgürdüler. Aynı dönemde Paris'te 1100'lü yıllarda Petrus Abelardus, başpiskoposu karşı çıkmaya ve bir "karşı-ders" vermeye cüret etti. On ikinci yüzyılda kurulan Paris Üniversitesi, bu karşılaşmadan doğmuştu.[5] Böylece Avrupa üniversiteleri en başından itibaren kendilerini profesörlerin muhalif olmakta özgür olduğu eğitim kurumları olarak inşa ettiler. Bu durum, antikiteden beri süregelen tek bir öğretmenin ya da tek bir görüşün hâkim olduğu eski eğitim sistemine aykırıydı.

Bologna Üniversitesi, başından itibaren aynı zamanda lisansüstü eğitim kurumuydu. Başka deyişle öğrencilerinin çoğu daha önce bir manastır ya da katedral okulunda "temel bilimler" eğitimi almıştı. Bu okullarda müfredat yedi "temel bilim"den oluşurdu: gramer, retorik, mantık (diyalektik de denirdi), aritmetik, geometri, astronomi ve müzik. Ancak okulların çoğu bu bilimlerden *trivium* denilen, İncil ile kilise babalarının yazmalarına, Platon, Aristoteles, Cicero ve diğer Yunan ve Romalı yazarın eserlerine dayalı ilk üçüne yoğunlaşmıştı. Temel bilimlerin öğrenilmiş olması on ikinci yüzyıldan itibaren yeni "bilimler" olan

---

[5] Genel olarak bkz., ibid., ss. 50-54, 275-278. Ayrıca bkz. dipnot 7.

hukuk, teoloji ve tıp eğitimi alabilmenin ön koşulu olmuştu. (Paris'te olduğu gibi temel bilimler, üniversitelerde dördüncü disiplin olduğu zaman bile diğer üçünün eğitimini almanın ön koşulu olmayı sürdürmüştür.) Bologna en başta hukuk fakültesinden başka bir fakülteye yer açmadı ve nihayet diğer fakülteler kurulduğunda dahi fakülteler arasında, öğrencilerin hepsinin belgelerini aynı şansölyeden, Bologna Başdiyakozu'ndan almaları dışında yapısal bir bağlantı yoktu.

Hukuk eğitiminde Bologna sistemi, Padova, Perugia, Pisa, Salamanca, Montpellier, Orleans, Prag, Viyana, Krakov ve Heidelberg gibi başka pek çok Avrupa kentinde de uygulandı.[6] Alpler'in kuzeyindeki pek çok üniversite ise her ne kadar Bologna'nın hukuk müfredatını ve öğretme yöntemini izlese de Paris Üniversitesi gibi örgütlendi. Buna göre bütün fakülteler; teoloji, hukuk, tıp ve temel bilimler, bir tek ortak yöneticiye ve ortak bir tek yönetime tabi tek bir kurumu oluşturmuştur.[7] Benzeri bir hukuk fakültesi Oxford'da (ve bir diğeri de Cambridge'te) bir sonraki yüzyıla kadar kurulmadığı halde, Vacarius, 1100'lerin ortasında Oxford'da Roma hukuku dersleri verdi.

Müfredat ve Öğretim Yöntemi

Bologna'da en başından itibaren Iustinianus'un hukukçularının, altıncı yüzyılda derlediği metinler öğretiliyordu. Esasında hukuk okulu sanki bu metinleri incelemek için kurulmuş gibiydi.

El yazması dört bölümden oluşuyordu: Iustinianus'tan önceki Roma imparatorlarının ferman ve kararlarının yer aldığı on iki kitaptan oluşan *Codex* (Kanunname); bizzat Iustinianus tarafından yürürlüğe sokulan yasalardan oluşan *Novella* (Zeyiller); başlangıç seviyesindeki hukuk öğrencileri için hazırlanmış kısa ders kitabı niteliğindeki *Institutiones* (Kurumlar) ile elli kitabı hayli geniş ve çeşitli alanlardaki hukuki sorulara dair Roma hukukçularının görüşlerinden oluşan *Digesta.* El yazmasının modern İngilizce çevirisinde *Codex* 1034, *Novella* 562, *Institutiones* 173 ve Digesta 2734 sayfadır.[8]

---

[6] Ibid., ss. 159-160.

[7] Paris Üniversitesi, 1200 yılında Kral Philip'ten kimi imtiyazlar almıştır ve statüsünü ilk kez papalık elçisinden 1215'te kazanmıştır. Üniversitenin kökenleri on ikinci yüzyılın başlarına Abelardus'a kadar gitmektedir.

[8] Bkz. S. P. Scott, ed., *The Civil Law*, 17 vols. (Cincinnati, Ohio, 1932). Iustinianus'un yasalarının el yazmaları, *Novella* ve *Institutiones* Batı'da korunmuştur. Ancak Digesta, dört kitabın diğerlerinden kat be kat önemli olanı, kaybolmuştur.

On birinci yüzyılın sonlarındaki ve on ikinci yüzyıldaki hukukçular, bu elyazmalarının hepsini tek bir esas metin olarak ele almışlardır.

Ancak yine de esas önem ne Roma hukukunun temel ilkelerini öğreten *Institutiones*'e ne de çeşitli yasa ve kararları içeren *Novella* ve *Codex*'e atfedilmiştir; esas önem *Pandectae* de denilen *Digesta*'ya verilmiştir. *Digesta,* Roma hukukçularının sadece mülkiyet, vasiyet, sözleşme, haksız fiil ve bugün medeni hukuk denilen alanın diğer dalları ile ilgili değil; ceza hukuku, anayasa hukuku ve Roma vatandaşlarının yönetilmesine ilişkin diğer hukuk dallarındaki binlerce yasa hükmüne görüşlerini içeren çok büyük bir birikimdi. *Digesta,* Roma vatandaşı olmayanlara da uygulanan ve yeri geldikçe onlara da değinen "kavimler hukuku"nu da (*jus gentium*) kapsayan "kent" hukukuydu (*jus civilis,* "kentin hukuku", medeni hukuk). *Digesta,* modern anlamıyla bir kanunname değildi; tamamlanmış, kendi kendine yeten, kendi içinde tutarlı ve sistematik olarak düzenlenmiş hukuki kavramlar, ilkeler ve kuralları belirlemiyordu. *Digesta* ancak Batı'da üniversitelerin kurulmasından sonra *Digesta, Codex, Novella* ve *Institutiones* ile birlikte *Corpus Iuris Civilis,* medeni hukuk "mevzuatı" adlandırılmaya başlamıştır.

Digesta'da öngörülen yasa hükümleri güncel davalardaki "arazi kiralarına, ortaklıklara" *holding*'lere (bugün de aynı olan) ilişkindi. Diğerleri ise *preator* denilen yargıçların muhtemel davalarda nasıl karar vereceklerine ilişkin ifadeler, hükümlerdi. Örneğin "*Preator* der ki, eğer siz ya da kölelerinizden birisi, birisini zorla o anki malvarlığından yoksun bırakırsanız; ben dava için bir yıl veririm, bir yıl geçtikten sonra, şikâyetçiyi zorla mülkünden çıkaranın elinde kalanlara göre hak ettiğini veririm". Böyle hükümler verildikten sonra çeşitli hukukçuların görüşleri aktarılırdı. Örneğin *preator*'un bu hükmüne karşılık Ulpianus şöyle demiştir: "Bu kısıtlama, zorla kovulan kimsenin sıkıntıdan kurtulması için getirilmiştir ki, bu koşullarda onun sıkıntıdan kurtulması son derece adildir. Bu kısıtlama, davacının malını geri almasına olanak tanımanın aracıdır. ... Bu kısıtlama bütün şiddet türleri münasebetiyle değil sadece malından yoksun kalanlara karşı verilmiştir ve sadece menfur saldırılarla ve tarafların topraklarından, arazilerinin bir bölümünden ya da binalarından mahrum kaldığı hallerle ilişkilidir -başka bir şeyle değil". Diğer hukukçular da aynı kısıtlamayı yorumlamıştır. Örneğin Pompo-

nius şöyle der: "Eğer arazinizden silahlı güç kullanılarak kovulursanız, bu arazinin mülkiyetini ister zor kullanarak (*ui*) ister gizlice (*clam*) ister şüpheli biçimde (*precario*) edinmiş olun, arazinizi geri alma hakkına sahipsiniz".[9]

John P. Dawson'ın belirttiği gibi, Roma hukukçularının çoğu dikkatlerini "teorik senteze değil fakat her davanın tutarlı ve düzenli biçimde ele alınmasına" yöneltmişlerdir. Tüm arzuları sadece dilde değil düşüncede de ekonomiye yönelmişti. Varsayımları sabitti, toplumsal ve politik düzenin temel amaçları sorgulanmamalıydı, hukuki düşünce sistemi çok fazla tartışma gerektirmeyecek kadar iyi biliniyordu. Onlar sistemin içindeki sorun çözücüydü ve insanlığın ihtiyaçlarına ve kaderine dair nihai sorunları çözmek gibi bir dertleri yoktu. Duruma göre/davadan davaya sabır ve ferasetle ve devralınan geleneğe derinden bir saygıyla çalıştılar".[10]

Profesör Dawson, Roma hukukçularının "spesifik davalara son derece yoğunlaşmalarının" bazen farazi olduğuna ama sıklıkla güncel davalara yöneldiğine işaret etmektedir. "Davalar" der, Dawson, "kısaca belirtilmiştir keza hukukçuların kendi çıkarımları da. Elit insanların dışındakiler için detaylı bir gerekçelendirmeye ihtiyaç yoktu, hukukçuların; elit grubun içinde olanların kendi yetkinlikleri gerekçeleri anlamalarına zaten yeterdi. Dile getirilmemiş ve âdeta ima edilmiş ve ancak yüzyıllar içinde sabırlı çalışmalar sonucunda ortaya çıkacak olan pek çok varsayım vardı. Hukukçuların temel amacı kendilerinin de tasarladığı gibi ortaya çıkan ya da çıkabilecek davalara çözüm sunmak ve bu çözümlerin belirli davalardaki sonuçlarını sınamak ve gözden geçirmekti".[11]

Batı'da on ikinci yüzyıldan bu yana üniversitelerdeki profesörlerin dizgeleştirdiği haliyle Roma hukuku çalışan Avrupalı hukuk öğrencileri, orijinal metinlerin bu derece teoriden uzak ve kazuistik olmasına inanamayacaktır. Onlara, on binlerce dar kuralda ve tanımlanmamış genel terimlerde *zımni* olanın soyut kavramların karmaşık sistemi olduğu öğretilmektedir. İngiliz ve

---

[9] D. 42.16, *Concerning the Interdict Vi et Armata* [Zor ve Silahlı Kuvvetler Aracılığıyla]. Iustinianus'un derlemesinin Latince metni için bkz. Paul Krueger, Theodor Mommsen, Rudolf Schoell, and Wilhelm Kroll, ed., *Corpus Iuris Civilis* (Berlin, 1954-1959).

[10] John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), ss. 114-115.

[11] Ibid., ss. 116-117.

Amerikan hukukunda ileri sürülen tikelcilik ve pragmatizm karşıtlığı aracılığıyla desteklenen Roma hukukunun kavramsalcılığının ta kendisidir. Ancak bu daha sonraki Avrupalı hukukçuların gözlerinden Iustinianus'un Roma hukukunun görünümüdür. Zira bu kavramsal çıkarımları ilk defa resmedenler; Roma hukukundaki belirli sözleşmelerden yola çıkarak sözleşme hukukunun teorisini yapanlar, mülkiyet hakkını tanımlayanlar, güç kullanmanın meşruiyetinin öğretisini ayrıntılarıyla açıklayanlar ve eski metinleri geniş ilke ve kavramlar temelinde dizgeleştirenler onlar olmuştur.

On ikinci yüzyıl hukuk okulunun müfredatı her şeyden önce *Digesta* metinlerinin okunmasından oluşuyordu. Öğretmen el yazması metinleri okur ve dilini düzeltirdi; öğrencilerse (genellikle kiraladıkları) el yazmalarından öğretmeni izler ve gerekli düzeltmeleri yapardı. "Oku(t)ma" anlamına gelen *lecture* kavramı bu çalışmalardan geliyordu. *Digesta*'yı satın almaya ya da kiralamaya gücü yetmeyen öğrenciler *Digesta*'yı ezberden öğrenirdi.

Metin son derece zor olduğu için açıklanmak zorundaydı. Bu nedenle öğretmen metni okuduktan sonra onu sözcük sözcük, satır satır şerh ederdi (*gloss*) yani yorumlardı (Yunanca *glossa,* hem "konuşulan" hem de "konuşma organı olan" dil ve "alışılmadık sözcük" anlamına gelirdi). Öğretmenin yaptığı açıklamalar, öğrenciler tarafından satırların arasına yazılırdı eğer açıklama satırdan uzunsa kenar boşluklarına taşardı. Kısa süre içinde bu yazılı açıklamalar, neredeyse açıklanmış metinle aynı güçte olurdu. 1250 yılında Accursius'un *Glossa Ordinaria*'sı *Digesta* üzerindeki çalışmalarda güvenilir standart haline gelmişti. "Yorumları" [*commentaries*] ile metinlerin ve açıklamaların "müfessir" ya da "yorumcu"ları [*commentators*] bundan sonra geldi.

Şerhler çeşitli biçimlerdeydi. Kimisi (*notabilia* denirdi) açıklanan bölümün kısa özetini sunardı, diğerleri (kısaca *brocardica* denirdi) şerh edilen bölümün temelini oluşturan geniş hukuki kavramların ifadeleriydi (*maksim*). Bunun yanı sıra öğretmenler metni sınıflandırarak *distincitones* [ayrımlar] denilen notlar düşerdi. Burada genel bir terim ya da geniş bir kavramla başlar, sonra onların alt anlamlarını belirler; böylece yazarın "anlam ve terminolojisi en ince detayına kadar dallanıp budaklanacaktır"[12] açıkla-

[12] Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe* (Oxford, 1929) [Türkçesi: *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku*, çev. Kolektif, Göçebe Yayınları, 1997], s. 29.

ması ile birlikte bölümlere ve alt bölümlere ayırırlardı. "Ayrımlar"dan sonra öğretmen, *quaestiones*'i [sorular] yerleştirir ve geniş bir öğretiyi soru ya da sorunlara uygulayarak tahlil ederlerdi.

Müfredat, derslerin biçimi ve tartışmalar üniversitenin tüzüğünde tarif edilirdi. Bir Orta Çağ hukuk profesörünün bir dersinin bugüne ulaşan giriş bölümü aşağıdaki gibidir:

> İlk önce *Digesta*'ya başlamadan evvel size her başlığın özetini sunacağım. Sonra başlıklarda geçen yasaların mümkün olduğunca açık ve anlaşılır örneklerini vereceğim. Daha sonra, metni düzeltilmiş haliyle kısaca tekrar edeceğim. Bu kısa tekrardan sonra, yine kısaca yasa örneklerinin içeriğini tekrar edeceğim. Bir sonraki aşamada, Tanrı'nın izniyle "*brocardica*" denilen genel ilkeleri ve ayrımları, alt ayrımları ve çözümleri ile birlikte yararlı problemleri de ekleyerek ortaya çıkan çelişkileri çözümleyeceğim. Ve bir yasa ünü veya zorluğu nedeniyle *tekerrürü* gerektiriyorsa, onu akşam Tekerrür'de ele alacağım.[13]

Bologna'daki ve Orta Çağ'ın diğer hukuk okullarındaki müfredatında, metinlerin okunmasına ve şerh edilmesine ve bunların ayrımlar ve sorular aracılığıyla analizine ek olarak *disputatio* yer alırdı. *Disputatio,* iki öğrenci arasında profesörün gözetiminde ya da profesörle öğrenciler arasında hukuki bir problemin tartışılmasıydı. Bugünkü farazi davalara benzetilebilir ancak ele alınan problem daima bir yasayla ilgiliydi; güncel ya da farazi olgular tartışılmazdı.

Zaman ilerledikçe Bologna, Paris, Oxford ve diğer Avrupa üniversitelerinde hukuk müfredatı, *Corpus Iuris Civilis*'i içeren Roma hukukundan daha fazlasını kapsar oldu. On ikinci yüzyılın ikinci yarısında müfredata eklenen temel yeni konu, kilisenin Kanon hukuku oldu. Kanon hukuku, Roma hukukunun aksine günceldi, yürürlükteydi ve papaların ve kilise konsüllerinin kararnameleri ile yenileniyor; kilise mahkemeleri tarafından da uygulanıyordu. Kentlerin, beyliklerin ve krallıkların seküler hukuk sistemleri de Bologna ya da diğer hukuk okullarında yetişen hukukçuların rehberliğinde geliştikçe; müfredat da seküler hukukun yasal sorunlarını da içererek zenginleşiyordu. Profesörler, Iustinianus'un metinlerini analiz ederken mevcut hukuki sorun-

---

[13] Odofredus, aktaran Savigny, *Gesichte*, s. 553.

ların önemine işaret ediyor ve bu sorunları Roma hukuku metinlerinin olduğu kadar kanon hukukunun da ışığında analiz ediyordu.

Böylece daha önceki zamanların Roma hukukunun çalışılması mevcut güncel hukuki sorunların tahlil edilmesinin yolunu açtı. İdeal bir hukuk sistemi, hukuki düşünce kaynağı, bütüncül bir sistem olarak Roma hukuku öncelikle daha evvel sınıflandırılmamış ve olgunlaşmamış güncel hukuki meselelerin, Roma hukuku terimleri ve ilkeleri tahlil ve muhakeme edilmesini sağladı. Bir bakıma Roma hukuku, Orta Çağ'ın hukuk düşüncesinde, hukuk tarihinin on yedinci yüzyıldan yirminci yüzyıla kadar Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde oynadığına benzer bir rol oynadı. Roma hukuku, yürürlükteki hukukun analizine bir perspektif kazandırdı ve yürürlükteki yasaların geçerliliğinin sınanmasını sağlayacak idealleri sundu. Bu, Roma hukukunun yürürlükteki hukuktan başkaca bir şey olarak düşünüldüğünü söylemek değildir. Roma hukuku daha yeni yasalarla birlikte ve hatta bir bağlamda onların ötesinde hüküm sürdü. Ancak Roma hukuku yürürlükteki hukukta eksik olan temel bir niteliği haizdi. Yeni yasalar oluşum halindeydi ve değişiyordu; Roma hukuku ise mutabakat halinde oradaydı.

Skolastik Yöntemde Analiz ve Sentez

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Bologna ve diğer Batı üniversitelerinin hukuk müfredatının ve öğretme yöntemlerinin temelini analiz ve sentezin yeni bir biçimi oluşturmaktadır -ki daha sonra skolastik yöntem olarak adlandırılmıştır. Hem hukukta hem de teolojide ilk kez 1100'lerin başında tamamıyla geliştirilen bu yöntem, öğretinin bütünleşik ve tamamlanmış esasını ihtiva ettiği düşünülen bazı kitapların mutlak bir otoritesinin olduğunu ama paradoksal olarak bu kitaplarda boşluklar ve çelişkiler olduğunu da varsaymaktadır. Yöntemin esas görevi; metni özetlemek, boşlukları kendi içinde doldurmak ve çelişkileri çözmektir. Skolastik yönteme, diyalektik de denmiştir zira sözcük on ikinci yüzyıldaki bağlamında karşıtların uzlaşmasının yollarını aramak anlamına gelmektedir.[14]

---

[14] Çağdaş kullanımıyla akıl yürüterek zıtların sentezine ulaşma yöntemi olarak diyalektik kavramı Hegel'den alınmıştır ancak bu düşünce geleneği Abelardus'a kadar gitmektedir.

Hukukta ve teolojide, daha sonra da felsefede analiz ve sentezin skolastik yöntemi üniversitelerde öğretme yöntemi olarak; özellikle metnin şerh edilmesi ve tartışma sorularının hazırlanmasında teşvik edilmiştir. "Temel hukuk ve teoloji kitapları üniversite derslerinin doğal filizleriydi".[15] Başka deyişle bilim -ilim-, öğretimin sonucuydu, tersi değil.

Batılı hukukçuların hukukun bilimi olarak tasarladıkları şeyi yaratmaya başladıkları zamanda, Batılı teologlar da kendilerinin teoloji bilimi olarak tasarladıkları şeyi yaratmaya başlamışlardı. Cidden.

İlahi sırların kanıtlarının sistematik analizi olarak modern anlamı ile "teoloji" sözcüğünü ilk kez kullanan Petrus Abelardus (1079-1142), skolastik mantığın büyük öncülerinden birisidir ve kimi zaman skolastisizmin babası olarak anılır.[16] Abelardus, analiz ve sentezin skolastik yöntemi aracılığıyla evrensel geçerliliği olan ya da görece geçerliliği olan gerçeği açığa çıkaracak olan yargılamaya rasyonel bir ölçüt geliştirmeye çalışmıştır. Bu, o zamanlar Kutsal Kitabın bütün sözlerinin her koşulda doğru olarak kabul etme türünde bir kökten dincilik değildi, İncil'in bir bütün olarak doğru olduğu ve bütünün içindeki parçalarda hakikatin çeşitli gölgelerinin bulunduğu kabul ediliyordu. Gerçekten de Abelardus, en önemli kitaplarından birisi olan *Sic et Non'da* (Evet ve Hayır), İncil'de, kilise babalarının ve diğer otoritelerin yazmalarında birbirini izleyen yüz elliden fazla tutarsızlık ve çelişkiyi; bunların hepsinin doğru olduğunu varsayarak ve kararı onları bağdaştıracak olan okura bırakarak belgelemiştir.[17]

Hukukta skolastik yöntem, Iustinianus'un ve seküler otoritelerin hukukunda bulunan ve genellikle birbirleri ile çatışmalı öğreti yığınının analizi ve sentezi biçimini almıştır. Teolojide İncil ve kilise babalarının yazmalarının ele alındığı gibi yazılı metin;

---

[15] Haskins, *Renaissance*, s. 53.

[16] Bkz. *Knowles*, s. 53.

[17] Peter Abailard, *Sic et Non: A Critical Edition*, ed. Blanche Boyer and Richard McKeon (Chicago, 1976). Giriş bölümünde Abelardus çatışmaların çözümlenmesine kullanılabilecek muhtemel yolları gösterir (mesela aynı sözcükler başka anlamlara gelebilecek biçimde kullanılabilir). Ancak kendisi değilse de takipçileri mekanik bir çözümün imkânsız olabileceğini ve çatışan kısımların anlamlarının sıklıkla kutsal kitapla ilgili yazmalarda ve kilise babalarının yazmalarının bütününün amaçlarında ve birbirleri ile olan ilişkilerinde bulunabileceğini kabul etmişlerdir. Bkz. Martin Grabman, *Die Geschichte der scholastischen Methode, II* (Freiburg, 1911), 168-229.

Corpus Iuris Civilis bir bütün olarak kutsal ve aklın cisimleşmesi olarak kabul edilmiştir. Ancak çatışmaların uzlaştırılmasına yapılan vurgu, on ikinci yüzyılın Batılı hukukçusuna, hukuki kavram ve kurallarla uğraşırken Romalı seleflerinin sahip olduğundan daha fazla özgürlük ve esneklik sağlamıştır. Kuşkusuz Batılı hukukçu da, Roma hukukçuları gibi Profesör Dawson'ın sözleri ile "tek tek davalara tutarlı ve düzenli bir yaklaşım geliştirmekle" meşgul olmuştur ancak Batılı hukukçu, Romalı hukukçulardan farklı olarak, "detaylıca akıl yürütülmüş gerekçelendirme" ve "teorik bir sentez"le de meşgul olmuştur. Öte yandan Batılı hukukçu, gerekçelendirme ve sentez peşinde koşarken, Roma hukukçularının çok değer verdiği daha dar türdeki bir tutarlılıktan ödün vermiştir.

Skolastisizmin Yunan Felsefesi ve Roma Hukuku ile İlişkisi

On ikinci yüzyıldaki Batılı hukukçuların yöntemi, eski Yunan felsefesinin ve klasik ve post klasik Roma hukukunun diyalektik akıl yürütme yönteminin dönüştürülmüş haliydi. Yunancada "diyalektik", "konuşma" ya da "diyalog" anlamına gelir. Eski Yunan filozofları "konuşma sanatı"nı (*tekhne dialektike)* bir akıl yürütme yöntemi olarak adlandırırdı; gerçekten de Platon diyalektiği, "bilim" (*epistémé, scientia*) dediği, gerçeğin bilgisine ulaşmanın tek güvenilir yöntemi olarak görürdü. Sokrates'in Platon tarafından yazılan diyalogları üç "diyalektik" teknik içerirdi: 1. Karşı tarafın tezinin onun tezinden yararlanılarak çürütülmesi; başka türlü kabul edilmeyecek bir sonuca bir dizi soru ve cevap aracılığıyla ulaşma 2. Belirli durumlara ilişkin bir dizi doğru önermeden -yine soru ve cevaplar aracılığıyla- bir genelleme çıkarsama 3. Kavramların ayırım teknikleri ile tanımlanması. Yani, cinsin türlerine, türlerin de alt türlerine göre tekrar tekrar ayrılması (analiz) ve türlerin cinsi, cinslerin de daha geniş cinsler ile tekrar tekrar birleştirilmesi (sentez). Bu akıl yürütme ile Platon, evrende insandan bağımsız bulunduğunu düşündüğü İyilik, Adalet, Hakikat, Sevgi ve diğer "Form"ların doğru bilgisine ulaşmanın yolunu arıyordu.

Aristoteles, Platon'un diyalektik akıl yürütme kavramını büyük ölçüde rafine etmiştir. Aristoteles öncelikle doğru olduğu bilinen öncüllerle ("her insan ölümlüdür" ya da "ateş yakar" gibi) akıl yürütme ile doğru olduğu kabul edilen ya da uzmanlarca

ileri sürülen, bununla beraber tartışmalı olan öncüllerle ("insan politik bir hayvandır" ya da "felsefe, çalışmanın bir dalı olarak caziptir" gibi) akıl yürütmeyi birbirinden ayırmıştır. Aristoteles'e göre ancak ikinci türdeki bir akıl yürütme diyalektiktir zira öncülleri tartışmalıdır, kesinliğe değil sadece olasılığa ulaşabilir. Öte yandan ilk türdeki akıl yürütmeler *apodeiktik* (zorunlu) olarak adlandırılır; yalnızca gerekli gerçekliği gösterebilirler zira (zorunlu) şüpheye yer bırakmayan öncüllerden şüpheye yer bırakmayan sonuçlara ulaşılabilir.

Aristoteles, Platon'un bilim kavramsallaştırmasını da rafine etmiş ve geliştirmiştir. Bilim sözcüğünü, sözcüğün çoğul haliyle "ayrı ve bağımsız 'bilimler'in hepsinin ortak bazı yöntemleri ve ayırımları vardır ancak her birinin de kendine özgü bir *archai*'si ve ilkeleri (tam olarak başlangıcı) ve kesin bir inceleme konusu da vardır" diyerek ilk kez Aristoteles kullanmıştır.[18] Her bilimin aynı zamanda "hepsinde gözlem ve hipotez ortak olmakla birlikte, inceleme konusundan kaynaklanan" kendi araştırma yöntemi vardır.[19] Aristoteles böylece Platon'un "bilim"ini, fizik, biyoloji, geometri, etik, politika, metafizik ve diğer türlere ayırmıştır. Buna karşılık Aristoteles için tıp bir *tekhne* [sanat] olarak kalmıştır zira tıp, bilimsel gerçekleri uygulamakta ama kendisi bu gerçeklerin gösterilmesini sağlamamaktadır. Hukuk ise Aristoteles için sanat bile değildir; hukuk, etik, politika ve retoriğin içinde erimiştir.

Aristoteles'e göre hem apodeiktik hem de diyalektik akıl yürütmede tümdengelim ya da tümevarım mantığı uygulanabilir (Aristoteles, burada da gerçeğe ancak tümdengelim; yani özelden genele değil genelden özele akıl yürütmeyle ulaşılabileceğini söyleyen Platon'dan ayrılır). Bununla beraber Aristoteles'e göre tümevarım mantığı daha açık ve pek çok insan için daha ikna edici olduğu için diyalektik akıl yürütmede tercih edilmelidir. Buna karşılık tümdengelim mantığı apodeiktik akıl yürütmede bazı bilimler için (matematik gibi) daha uygunken bazı bilimlere uygun değildir (biyoloji gibi). Tümevarım mantığı, özel durumlarda ortak olduğu gözlemlenen unsuru bularak deneyimden ya kesinliğe ya da olasılığa ilerler. Örneğin, yetenekli pilotların en iyi pilotlar ve yetenekli bir yarışçının en iyi yarışçı olduğu göz-

---

[18] John Herman Randall, Jr., *Aristotle* (New York, 1960), s. 33.
[19] Ibid., s. 54.

lemlenmişse; genel bir ilke olarak yetenekli insanların herhangi bir aktivitede en iyiler oldukları sonucuna ulaşılabilir.[20] Ancak Aristoteles'te bu genel gözlem ancak altında yatan ilkenin, yani sebebin geçerliliği kabul edildiğinde "bilim"dir ancak bu durumda argümanın öncüllerinin zorunlu olarak doğru olduğu görülebilir.

Ne var ki, diyalektik akıl yürütmenin ayırt edici özelliği, tümevarım mantığına meyilli olması değildir zira Aristoteles'in gösterdiği gibi, pek çok alanda apodeiktik akıl yürütme de tümevarım mantığına yönelmektedir. Diyalektik akıl yürütmenin hepsinden ayırt edilmesini sağlayan özelliği, öncüllerle, yani "bilimsel" sonuçlar çıkarılabilecek, ya doğru ya da yanlış olması gereken bildirici ifadelerle başlamamasıdır. Diyalektik akıl yürütme daha ziyade, insanların farklı düşündüğü ama nihayetinde ihtilaflı sorunun diyalektik akıl yürütmenin geçerli yöntemleri kullanıldığında bir öncül ya da temel ilke ile bir tarafın ya da diğerinin lehine çözüleceği "problemler"le ya da "sorular"la başlar.[21]

Aristoteles'in apodeiktik ve diyalektik akıl yürütme arasında yaptığı ayrım İ.Ö. üçüncü yüzyılın Stoacıları ve halefleri tarafından da benimsenmiştir. Ne var ki, Stoacılar diyalektik akıl yürütmeyi temel ilkelere ulaşmanın bir yöntemi olarak değil, cins ve türlerin ayrımı ve senteziyle argümanları analiz etmenin ve kavramları tanımlamanın yöntemi olarak gördüler. Ancak Stoacılar Aristoteles'in ağır basan sistematik yorumlama kaygısı ile hareket etmedi; Stoacılarla birlikte diyalektik esasen mantıktan farklı olmayan ancak retorik ve gramerin güçlü unsurlarını taşıyan bağımsız bir disiplin haline geldi.

Arka planında Platon ve Aristoteles'in yattığı Stoacı formunda Yunan diyalektiği (İ.Ö. birinci ve ikinci yüzyıllarda) cumhuriyet döneminde Roma'ya taşındı. Roma'da da hukukçular dâhil eğitimli sınıflar tarafından benimsenerek ilk kez yürürlükteki hukuki kurumlara uygulandı. Yunanlar, diyalektiği kurumlarda uygulamayı hiç denemedi. Bunun sebepleri karmaşıktır. Yunan siteleri, görevleri hukuku geliştirmek olan saygın hukukçular sı-

---

[20] Aristotle, *Topics*, 1.1. 100a25-100b23; 1.12.105a10-19, Richard McKeon, ed., *The Basic Works of Aristotle* (New York, 1941) içinde, ss. 98-103.

[21] Bkz. Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, ed., G.E.M. Anscombe and G.H. von Wright (New York, 1969).

nıfının yükselişini deneyimlememişti. Yargılama, geniş halk meclislerince yapılıyordu ve meclisin toplanmasından evvel savunma yapanlar hukuki argümanlardan ziyade ahlaki ve politik mütalaalara dayanan bir hitabet sanatını icra ediyordu. Dahası Yunan filozofları hukuk kurallarını akıl yürütmenin başlangıç noktası olarak kabul etmiyordu. Onlar gözlem ve yalnızca akıl ile ulaşılabilecek daha yüce bir felsefi gerçeğe bağlı kalmıştır.[22] Yunan filozoflarına göre hukuki kurallar ve kararlar, toplumun adalet duygusunun cisimleşmesi olarak dikkate alınacak ya da kabul edilecek *merciler* değildi; daha ziyade kendi felsefi teorilerini inşa ederken yararlanacakları ya da yararlanmayacakları *veriler* idi. Böylece Yunan filozofları, adaletin doğasına ilişkin soruları ve yöneticinin hukuka uygun olarak mı yoksa kendi iradesine göre mi yönetmesi gerektiğini memnuniyetle tartışmışlarsa da, onlara göre hukukun, maliki kendisinden hukuka aykırı olarak alınmış bir malı iyi niyetli olarak üçüncü kişiden alan kişilere karşı koruyup korumaması bir önem arz etmemektedir. Yunan filozofları benzeri medeni hukuk meselelerini genellikle kişisel ahlak meselesi olarak değerlendirmişlerdir. Buna karşılık anayasa hukukuna ilişkin soruları da politik mesele olarak ele almışlardır.

Gerçekten de Platoncu düşünce, adalet düşüncesine; adaletin gerçekleştirilmesinin hukukçulara emanet edilmesini önleyen aşkın bir gerçeklik atfetmiştir. Ancak bilgeliği arayanlar, *filozoflar*, yönetmeye ehildirler ve ancak arayışında başarılı olan bir bilen olur. Carl Friedrich'in sözleri "(Platon'a göre) bizatihi adaletin bu aşkınlığı, onun anayasal bir düzende gerçekleştirilmesini imkânsız kılmaktadır". Sonuç olarak der Friedrich, Batılı anlamıyla anayasa hukuku kavramı "Atina'da bilinmiyordu".[23]

Roma'da ise, eski Yunan'ın aksine, saygın bir hukukçular sınıfı oldukça erken ortaya çıkmıştır. İ.Ö. beşinci yüzyıldan itibaren din adamları çeşitli hukuki çözümlerin (davaların) kaydını tutmuştur. Sonrasında özel ihtilaflara uygulanacak hukuk kurallarını yılık kayıtlarda belirten ve bu kayıtlarda yer alan hak ihlallerine ilişkin şikâyetleri kabul eden *preator*'ların seçilmesi usulü

---

[22] Bkz. Wolfgang Kunkel, *An Introduction To Roman Legal and Constitutional Law*, trans. J.M. Kelley, 2nd ed. (Oxford, 1973), ss. 98-103.

[23] Carl J. Friedrich, *Transcendent Justice The Religious Dimension of Constituonalism* (Durham, N.C., 1964), s. 5.

ortaya çıkmıştır. *Preator*, kendisine gelen bir şikâyeti, kendisi tarafından ad hoc olarak atanan lâik bir yargıca, bir karara varabilmesi için duruşmanın nasıl yürütüleceğine ve şikâyet konusuyla ilgili kanıtların nasıl değerlendirileceğine dair talimatlarla birlikte iletirdi. *Preator*lar ve yargıçlar dışında dava sürecine dâhil olan üçüncü bir lâik grup daha vardı; savunma yapan avukatlar. Nihayet yargılama sürecinde en dikkat çekici olansa jüri üyeleri (hukuk danışmanları) vardı. Hepsi profesyoneldi ve esas görevleri, hukuki işlemlerle meşgul olacak *preator*lara, yargıçlara, avukatlara, davanın taraflarına ve müvekkillere hukuki tavsiyelerde bulunmaktı.[24]

Roma hukukçularının hukuka yaklaşımları son derece pratikti. İ.Ö. birinci ve ikinci yüzyıllarda Yunan diyalektik akıl yürütme yönteminin Roma'ya taşınması, her ne kadar bu Roma hukukuna açılan ilk bilimsel geçiş olsa da Roma hukuku ile Avrupa üniversitelerinde bin yıldan fazladır var olan Yunan felsefesinin evliliği değildi. Roma hukukçuları eğitimde Helenistik yöntemi benimsemeyi reddettiler; hukuk eğitimi, esas olarak yaşlı hukukçuların denetiminde informel ve bireysel bir çıraklığı kapsamayı sürdürdü. "Roma hukukçuları, öğrencileri ile adalet, hukuk ve hukuk bilimi gibi temel kavramları tartışmazdı oysa Yunanlara göre bu kavramların tartışılması en önemlisiydi hatta neredeyse önemi olan tek şeydi. Öğrenci doğrudan uygulamaya atlıyordu ve durmadan tekerrür eden şu soruyla karşı karşıya kalıyordu: "Bu durumda ne yapılmalı?"[25] Bütün bunlara rağmen, hukukçuların Roma hukukunu çeşitli türlerine göre (cins ve tür) sistematik olarak sınıflandırmaya ve belirli davalara uygulanabilecek genel kuralların kesin tanımlarını yapmaya giriştiği dönem, bu dönemdir -klasik Roma hukukunun çiçek açtığı İ.S. birinci ve üçüncü yüzyıllardan öncesi.

Diyalektik akıl yürütmenin sistematik biçimde hukuka uygulandığı belki de ilk örnek İ.Ö. 82 yılında ölen Roma hukukçusu Q. Mucius Scaevola'nın *jus civile* üzerine yaptığı bilimsel çalışmasıdır.[26] Scaevola'nın "sadece Roma'nın değil Avrupa'nın da hukuk biliminin zeminini"[27] oluşturduğu söylenen eserinde me-

---

[24] Kunkel, *Introduction*, ss. 84-86, 95-124.

[25] Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1946), ss. 57-58.

[26] Fritz Schulz, *Principles of Roman Law* (Oxford, 1936), s. 53; Peter Stein, *Regulae Iuris: From Justice Rules to Legal Maxims* (Edinburgh, 1966), s. 36.

[27] Schulz, *Roman Legal Science*, s. 94.

deni hukuk dört ana alana ayrılmıştır: miras hukuku, kişiler hukuku, eşya hukuku ve borçlar hukuku. Bütün bu alanlar da alt dallara; miras hukuku vasiyetname ve vasiyetname olmaksızın muris olma hallerine; kişiler hukuku evlilik, vesayet, özgür olma, babalık hukuku ve diğer alanlara; eşya hukuku malik olma ve olmama hallerine; borçlar hukuku da sözleşme ve haksız fiil hukukuna göre ayrılmıştır. Bütün bu alt dallar da daha alt dallara ayrılmıştır; örneğin sözleşmeler gerçek sözleşmeler, alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesi ve ortaklık sözleşmesi olarak ayrılırken, haksız fiiller de saldırı, hırsızlık ve mala zarar verme olarak ayrılmıştır.[28] Hukukun bütün bu çeşitli dalları ve alt dalları, hâkim ilkelerine ve hepsinden öte *preator*ların belirli davalardaki kararlarına ve çıkarılan yasalara, otoritelerin daha eski belgelerine ve sözlü geleneklere göre nitelendirilmiş ve hukuki materyaller üretilmiştir. Yazarın asıl amacı, kendi deyimiyle "tanımları" sunmaktır[29]; yani davalarda verilen kararlarda yer alan hukuk kurallarının kesin tanımlarını belirlemektir.

Q. Mucius Scaevola'nın ve İ.Ö. birinci ve ikinci yüzyıllardaki meslektaşlarının, sınıflandırmaları ve belirli kurallara ulaşma yöntemleri, geniş anlamıyla Yunan diyalektiğiydi. Sorular belirlenmiş, hukukçuların verdiği cevaplar toplanmış ve yazarın kendi görüşleri ortaya konmuştur. Örneğin daha eski bir hukukçu, hırsızlığa ilişkin olarak verilen çeşitli hukuki kararlarla hırsızlığa dair hukukun kapsamını özetlemiştir; buna göre bir atı ödünç alan kimse, atı aldığı zaman kararlaştırılandan başka bir yere götürürse ya da kararlaştırılan yerden daha uzağa götürürse hırsızlık suçunu işlemiş olurdu. Q. Mucius Scaevola aynı kararları ve başka kararları gözden geçirerek daha geniş ve aynı zamanda daha kesin bir formülasyona ulaşmıştır. Buna göre, her kim ki, bir şeyi muhafaza etmek için ödünç alır ama o şeyi kullanırsa ya da bir şeyi kullanmak için ödünç alır ama onu alış sebebinden başka bir amaçla kullanırsa hırsızlık suçunu işler.[30] Bu tanım sadece ödünç almayı değil emanetleri de kapsamaktadır ve bu tanımda "at"ın yerini "şey" almıştır.

Profesör Stein'ın yazdığı gibi "(Q. Mucius), Aristoteles'in tekniğini izleyerek kendi görevinin hukuki işlemlerde gerçekte ne

---

[28] Ibid., s. 95.
[29] Stein, *Regulae*, s. 36.
[30] Ibid., ss. 45-46.

olduğunu açıklamak olduğunu görmüştür".[31] Q. Mucius, bu görevini, kesin bir sonuca ulaşana dek cinsleri ve türleri ayırarak yerine getirmiş ve onları sınıflandırmıştır. Ancak bundan sonra bu kategorileri "bu kategorilerle ilgili her şeyi kapsayan ve ilgili olmayan her şeyi dışarıda bırakan sözcüklerle"[32] açıklayabilmiştir. Q. Mucuis'in ve onu izleyen diğer hukukçuların amacı, önceden var olan hukuku ve onun kesin sınırlarını belirlemekti.[33] Ne var ki, genelleştirmenin genişliği onun karmaşıklığı ile ters orantılıydı. Cumhuriyet dönemi Roma hukukçusu ile hukuki kavramlar tartışılamazdı; "gerçekten de kavram fikri onların zihinsel donanımında yer almıyordu".[34]

Bilahare, klasik ve post klasik dönemde (İ.S. birinci yüzyıldan beşinci yüzyıla kadar), Roma hukukçuları, cumhuriyet dönemindeki seleflerinin diyalektik yöntemini, kökten bir değişiklik yapmadan rafine etmiş ve geliştirmişlerdir. Her nasılsa daha geniş bir soyutlamaya bir yönelim mevcuttu. İkinci yüzyılın ilk yarısında Roma hukukçuları açıkça sadece "tanımlar"dan değil "kurallar"dan (*regulae*) da söz etmeye başlamışlardı. Bu iki terim arasındaki farklılık hemen göze çarpmıyordu. Tanımlar genellenen davalarla daha yakından ilişkili gibi görünüyordu. Buna karşılık kurallar ayrı ayrı göz önüne alınabilen davalardan çıkarılıyordu. Kurallar kimi zaman özellikle Roma İmparatorluğu'nun sayısız küçük memurunun işine yarayan "kural kitaplar"ında toplanıyordu. Bu dönemde birkaç hukuk okulu da kurulmuştu ve her ne kadar bu okullar son derece uygulamaya dönük olsa da hiç şüphesiz daha geniş kuralların oluşturulması eğilimine katkıda bulunmuştur. Aristoteles'in bir şeyin "doğası" kavramı kullanılmıştır; örneğin alım satım sözleşmesinin koşullarının dışında tutulabilecek kuralları özetlemek için "doğal olarak" sözleşmenin koşullarına dâhil olan koşulların sözleşmede açıkça belirtilmesinin gerekmediği söylenmiştir.[35] Ancak alım satım sözleşmesinde sadece bir şart "doğal" olarak tüm sözleşmelere ait sayılıyorsa, mesela satıcının belgesi varsa, bir alım satım sözleşmesinde bulunması beklenen diğer spesifik şartlar (bugünün de-

---

[31] Ibid., s. 37.
[32] Ibid., s. 41.
[33] Ibid., s. 48.
[34] Ibid. Ayrıca bkz. Dietrich Behrens, "Begriff und Definition in den Quellen", *ZSS (rom)*, 74 (1957), 352.
[35] D. 19. 1. 11. 1.

yimiyle garanti edilenler) ayrı ayrı listelenirdi; örneğin bir hayvanın sağlıklı olduğu ya da bir kölenin kaçma alışkanlığının olmaması gibi. Kimi zaman genel kurallar farklı tipteki alım satım sözleşmelerine uyarlanırdı -örneğin farklı sözleşme türlerine, satım ve kiralamaya. Roma hukukçuları, bütün hukuk sistemini kapsayacak denli geniş ilkeler varsayacak kadar nadiren ileri giderdi. Gaius, ikinci yüzyılın ortalarındaki büyük hukukçu ve hukuk öğretmeni, "medeni hukukun kurallarına" aykırı olan sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeple Batı'da on ikinci yüzyılın hukuk bilimcileri hukukun bütün bir sistem oluşturduğunu; bütün bir gövde olduğunu ima ederek ama sadece ima ederek ayrıntılı biçimde ortaya koymuştur.

Bu göndermeler aynı zamanda kimi çok geniş kuralda, ilk kez genelleştirildikleri davalardan soyutlanmış halde, temel hukuki ilkelerin nükteli veciz ifadeleri halinde mevcuttu. Iustinianus'ın *Digesta*'sının 50.17 no'lu "Eski hukukun çeşitli kuralları" başlığında 211 geniş kurala yer verilmiştir. Örneğin; "Bilen ve rızası olan kimsenin dolandırıldığı düşünülemez". "Şüpheli meselelerde daha iyi niyetli olan yorumlar tercih edilmelidir". "Hukuk bir butlan sebebi öngörmedikçe, iyi niyet zilyedi korur". Ne var ki, Stein'ın gösterdiği gibi,[36] on ikinci yüzyılda adlandırıldıkları biçimiyle "hukuki maksimler", başlangıçta öne sürüldükleri davaların bağlamından aldıkları soyut ilkelerden ve *Digesta*'nın önceki bölümlerinde yer aldıkları hallerinden bütünüyle farklı bir anlama sahiptirler. Bu nedenle ilk alıntıda yer alan kuralın işaret ettiği orijinal dava, hilekâr bir borçludan rızaları ile bir şey edinen alacaklıların, daha sonra dolandırıldıklarını iddia edemeyeceklerine ilişkindir. İkinci alıntıdaki kural, miras davalarına ilişkindir, "daha iyi niyetli olan yorum" mirasçılara daha cömert olanlardır. Üçüncü kural ise orijinal davada, bir başkasının kölesine iyi niyetle sahip olan kişiye karşı, eğer köle çalınmışsa, kölesi çalınanın dava açma hakkının olduğuna atıfta bulunmaktadır. İ.S. 530'da Iustinianus eski hukuku açıklığa kavuşturan bir temel yasa çıkardı; bu temel yasa, dolaylı olarak kuralların (*regulae*) sonuç kısmında atıfta bulunulan yasa idi.

Eski hukukun soyut kurallarının bu 211 yalın ifadesi, Iustinianus tarafından kimseyi kandırma niyetiyle; kimseyi bu kuralların başlangıçta uygulandıkları somut durumlardan bağımsız an-

---

[36] Stein, *Regulae*, s. 118.

lamları olduğuna inandırmak niyetiyle derlenmemişti. Daha ilk düzenleme bu durumu açığa kavuşturmaktadır. Hukukçu Paul, şöyle demektedir: "Bir kural kısaca bir meseleyle ilgili bir şey söyler... Bir kural aracılığıyla meselelerin kısa bir izahı yapılır ve ... herhangi bir bakımdan kusurluysa gücünü yitirir". Başka deyişle, kurallar özetledikleri davanın bağlamının dışında değerlendirilmemelidir. Bu ayrıca her kuraldan önce orijinal bağlamındaki bir alıntı ile de gösterilmiştir. Dahası ilk kural hariç diğerleri sistematik olmayan biçimde düzenlenmiştir ve bir kısmıyla diğerleri çelişmektedir.[37] Iustinianus, en azından muazzam derlemesine *reguale*'yi en azından süs niyetine bir dizin olarak eklemiştir. Bunun aynı zamanda savunmada yararlı olması düşünülmüş olabilir; olasılıkla ispat yükünün çevrilmesinde kullanılmıştır. Son olarak, geniş metni ezberlemeye yardımcı olacak öğretici bir amaca da hizmet etmiştir. Kuşkusuz hiçbir Roma hukukçusu, bunları soyut ilkeler olarak ele almamıştır. Gerçekten de *Digesta*'nın 50. 17. no'Lu başlığı Iustinianus dönemindeki hukukçulara Javeolenus'un 50. 17'de de yer alan ünlü kuralının her türlü şüphenin ötesinde geçerli olduğunu göstermeliydi. "Medeni hukukun bütün kuralları (*definitiones*) tehlikelidir zira hepsi neredeyse daima çarpıtılabilir" (Bu kural da muhtemelen belirli bir tanımı hedef almıştır).[38]

Klasik ve post klasik Roma hukukçuları, bir hukuki kuralı sınırlı ve belirli davalarda verilmiş kararların ortak unsurlarının genelleştirilmesi olarak düşünmüştür. Davalarda karar verirken sınıflandırma ve genelleştirmeye dayanan Yunan yöntemlerini, ancak hukuk kurallarının çerçevesini böyle sınırlandırarak rasyonel bir temel olarak kullanma amaçlarını gerçekleştirmeyi umabilirlerdi. Yunanlar ise, Romalıların aksine hukuki kuralları ve kararları böyle rasyonelleştirme yoluna gitmemiştir; onlara göre diyalektik akıl yürütme, üzerinde uzlaşılmış öncüllerden - "önermeler"- geçerli felsefi sonuçlara ulaşmanın bir tekniğiydi. Romalılar, Yunan diyalektiğini bir keşfetme sanatı olmaktan bir yargılama sanatı olmaya çevirmişlerdir.

---

[37] Nitekim D. 50.17.67 "Bir hüküm [cümle] iki anlama geldiğinde, davaya en uygun olan esas alınmalıdır" derken; D. 50.17.114 "Kelimeler ikianlamlı [muğlak] olduğunda en muhtemel ve alışılmış olan dikkate alınmalıdır" demektedir. D. 50.17.125 "Davalılar, davacılara nazaran daha çok kollanır" derken D. 50.17.126 "İki insanın iddialarına dair bir soru belirirse, zilyedinki tercih edilmelidir" demektedir.

[38] Stein, *Regulae*, s. 70.

Romalıların kazuistik yöntemini on birinci ve on ikinci yüzyıl Batı Avrupalı hukukçularının kazuistik yönteminden olduğu kadar Amerikan ve İngiliz *common law* hukukçularının dava analizi yönteminden de ayırmak önemlidir. Zira Roma hukukçuları davalardan ilkeleri göstermek için ya da bir adım geri çekilip bu ilkelerin geçerliliğini sınamak, tabiri caizse uygulamayı görmek için yararlanmamıştır. Öte yandansa davaları bir bütün olarak ele almadan, olaydaki belirsizlikleri ve boşlukları yahut meseleyle ilgili hukuki meselelere ilişkin diğer seçenekleri tartışmadan, sade bir biçimde ele almışlardır.[39] Öyle ki, Max Weber klasik Roma hukukçularının kuralları değerlendirmelerinin "âdeta bağlaçsız ve analojinin görsel bir çağrışımı" olduğunu söylerken çok ileri gitmiştir.[40] Yine de Roma hukukçularının analojilerin temellendirildiği varsayımları ve daha derindeki nedenleri daha açık ifade etmekteki başarısızlıkları -hatta en önemli hukuki terimleri tanımlamaktaki başarısızlıkları-[41] dava analizlerinde darlık ve sığlığa yol açmıştır ki, bu tam olarak Roma hukukçularının istediğidir! Cicero, hukukun, tanımların ve soyut kuralların daha açık düzenlendiği bir biçimde sistematize edilmesi gerektiğini söylediğinde hukukçular "bu eleştirileri nazik bir sessizlikle karşılamıştır".[42] Roma hukukçularının tutarlı hüküm verme yönündeki Roma düşüncesini felsefi bir sisteme dönüştürmeye çalışmak için herhangi bir sebepleri yoktu. Roma hukukçularının Yunan felsefesinin yüksek hedeflerini yargılamanın pratik ihtiyaçlarına uygulamakta şüpheci olmaları için de her türlü sebepleri vardı.

On birinci ve on ikinci yüzyılın Batı Avrupalı hukukçuları, Yunan diyalektiğini daha yüksek bir soyutlama seviyesine taşımış ve kuralları entegre bir bütün haline getirerek sistematize etmeye çalışmışlardı; yalnızca belirli türdeki davalarda ortak unsurları tanımlamak için değil aynı zamanda kuralları ilkelere ve ilkeleri de bütün bir sisteme, hukuk gövdesine ya da *corpus juris*'e sentezlemek için.

Skolastik hukukçuların, bu amaçlarını gerçekleştirmek için başvurdukları tekniklerden birisi Başlık 50.17'de yer alan Roma

---

[39] Theodor Viehbeg, *Topik und Jurisprudenz*, 5th. ed., (Munich, 1954), s. 74.

[40] Aktaran Schulz, *Principles*, ss. 51-52; bkz. Max Weber, *Economy and Society*, s. 787. Ayrıca bkz. Viehweg, *Topik*, ss. 46-61. Ancak mutlaka bkz. Stein, *Regulae*, ss. 74-89.

[41] Schulz, *Roman Legal Science*, ss. 43-48.

[42] Ibid., s. 65.

regulae'sini hukuki "maksim"ler, yani evrensel geçerliliğe sahip bağımsız ilkeler olarak ele almaktı. "Maksim" sözcüğü Aristoteles'in terminolojisinden alınmıştır ve "tümel önerme"ye, evrensele atıfta bulunmaktadır. Altıncı yüzyıldan on ikinci yüzyılın ortalarına dek Batılı hukukçuların kendi Aristoteles'ini Latince çevirilerinden ve yorumlarından öğrendikleri Romalı yazar Boethius (İ.S. 480-524), Aristoteles'in bazı apaçık önermeleri koyutladığını ve bu "tümel ... evrensel ... önermelerin ... uslamlamanın sonucu" olduğunu yazmaktadır.[43] On ikinci yüzyılda büyük mantıkçı Petrus Abelardus, *Dialectica* adlı eserinde böyle bir tümel önermeyi anlamı özetleyen ve tümel önermeye içkin tikel önermelere ortak mantık olarak tarif etmektedir. Örneğin "eğer insansa hayvandır", "eğer gülse çiçektir", "eğer kırmızıysa renktir" ve benzeri içinde türü cinse önceleyen önermeler, "tür olarak adlandırılanın cins olarak adlandırılmasına neden olabilecek tümel önermelerdir". "Maksim" der Abelardus, "böylesi bütün sonuçların anlamını içerir ve açıklar ve öncüllere ortak olan çıkarımları gösterir".[44] Benzer biçimde Abelardus'un çağdaşları olan Bolognalı hukukçular tekil örneklerin göndermelerinden tüme vararak evrensel ilkelere ulaşmışlardır. Bu Roma'nın; kuralı "meselelerin yalnızca kısa bir beyanı" olarak gören eski anlayışının tam tersidir; spesifik dava türlerinin ortak özelliklerinin sentezi ile hukukun *jus* bütününe varılabileceği varsayılmıştır. Benzer bir mantık yüzyıllar sonra, tekil yargı kararlarından genel kurallar çıkaran İngiliz ve Amerikalı hukukçular tarafından da kullanılmıştır. Çağdaş mantıkçılar buna "varlık genellemesi" demektedir.[45] Bu, koleksiyon M'deki tekil nesne a, F'ye sahipse o halde M'nin içinde F'nin sahip olduklarından birazının ya da en azından bir parçasının bulunduğunun söylenebileceğine dair genel çıkarım ilkesine dayanmaktadır. On ikinci yüzyılın hukuk bilimcileri Anglo-Amerikan *common law* hukukçularından daha ileri gitmiştir; onlara göre her hukuki karar ya da kural "cins" olan hukukun "türü"dür. Böylece onlara göre hukukun parçalarından

[43] Aktaran Stein, *Regulae*, s. 157.

[44] Peter Abelard, *Dialectica*, ed., L.M. de Rijk (Assen, Netherlands, 1956), s. 263.

[45] Bkz. William and Martha Kneale, *Introduction to Logic* (Oxford, 1968). Bu ufuk açıcı metnin yazarlarına göre Abelardus, mantık'ın gelişimindeki dört en önemli isimden birisidir. Diğerleri, Aristoteles, Leibniz ve Frege'dir. Bkz. ss. 202-203, 245, 320, 511. Manuel Lourenço'ya beni bu çalışmaya yönlendirdiği ve genelleştirmenin varoluşsal bunalımlarında rehberlik ettiği için minnettarım.

yola çıkarak hukukun bütününün inşa edilebilmesini ve aynı zamanda hukukun bütününden yola çıkarak her parçasının yorumlanabilmesini mümkün kılmıştır.

Bu kabul ve yöntem, Iustinianus'un yeniden keşfedilen metinlerinin analiz ve sentezini yapan hukuk bilimcilerinin yaklaşımını karakterize etmiştir. Burada Aristoteles'in diyalektiği; -henüz Aristoteles'in mantık üzerine olan ana eserleri çevrilmemişken- yazdıkları incelenen Roma hukukçularının diyalektiğinden daha ileride bir sentez düzeyinde hukuka taşınmıştır.[46]

Meselenin bir de diğer yanı vardı. Aristoteles diyalektik akıl yürütmenin apodeiktik karakterini reddetmiştir. Zira kesinliğe böyle ulaşılamazdı, çünkü öncülleri kesin değildi. Aksine on ikinci yüzyılın Batı Avrupalı hukukçuları Aristoteles'in diyalektiğini neyin doğru ve neyin adil olduğunu göstermek amacıyla kullanmış; diyalektik ve apodeiktik yöntemleri birleştirip hukuki normların analiz ve sentezine uyarlayarak dönüştürmüşlerdir. On ikinci yüzyılın batı Avrupalı hukukçuları, daha önceki Roma hukukçularının ve Yunan filozoflarının aksine akıl aracılığıyla yetkin hukuk kurallarının evrensel gerçekliğini ve evrensel adaletini kanıtlayabileceklerine inanmışlardı. Onlara göre Roma hukukunun buyrukları ve *responsa*'sı, tek tek ve bütün olarak düşünüldüğünde, hiç kuşku yok ki, Roma hukukçularının kendi zihinlerinde inşa etmedikleri şeyi, İncil, kilise babalarının el yaz-

---

[46] Örneğin, Iustinianus'un metinleri "sözleşmenin doğasına" çok sınırlı bir bağlamda atıf yaparken, metinleri şerh edenler *natura*'yı (nature, "doğa") "töz, esas" olarak çevirmiş ve bir sözleşmenin özünün *naturalia* sarih anlaşmanın dışında tutulup tutulamayacağını tartışmıştır. On dördüncü yüzyılda Baldus, *substantiala*'sı (töz) ile *accidentalia*'sı (ilinek) ayrıntılı bir teori geliştirmiştir. Buna göre, sözleşmeye varlık kazandıran ve onlarsız sözleşmenin kurulamayacağı unsurları sözleşmenin *substantiala*'sı (töz) iken (örneğin biralım sözleşmesinde satılacak şey ve bedeli); sözleşmeden çıkarılan ve sarih terimlerle değiştirilebilen unsurları onun *naturalia*'sıdır ve sözleşmede ancak tarafların ifadelerinden türeyen unsurları ise sözleşmenin *accidentalia*'sıdır. Bkz. Baldus D. 2, 14, 7, 7. no.1; G1. *Extra naturam* D. 2, 14, 7, 5. Cf. Helmut Coing, "Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Römischen Rechts", *ZS S(rom)*, 69 (1952), 24-59. Her ne kadar Baldus'un ifadelerinden alıntı yapmışsa da Profesör Coing Orta Çağ Avrupa'sının hukuki akıl yürütme yöntemi ile Bizans'ın hukuki akıl yürütme yöntemi arasında ayrım yapmamıştır. Coing daha ziyade sanki düz bir çizgide ilerlemiş gibi Aristoteles'in etkilerinin izini sürmüştür.
Şarihlerin [şerh eden] bir önermeden çok çeşitli özgün sonuçlara ulaşmak için kullandıkları yöntemlerin parlak bir örneği için bkz. Gerhard Otte, *Dialektik und Jurispuridenz* (Frankfurt am Main), ss. 214-215.

maları ve kilise Kanonları ile düşünüldüğünde kutsiyeti olan yazılı bir doğal hukuku yani *ratio scripta*'yı inşa etmişti. Roma hukuku normları doğru ve adil olduğuna göre, yeni gerçeği ve hakikati keşfetmek için apodeiktik olarak gerekçelendirilebilirlerdi. Ancak aynı zamanda boşluklar ve belirsizlikler içerdikleri için diyalektik olarak da gerekçelendirilmeleri gerekirdi. Başka deyişle, sorun ortaya konmalı, sınıflandırma ve tanımlama yapılmalı, karşıt görüşler belirlenmeli ve çatışmalar sentezlenmeliydi.

Bu Aziz Anselmus'un ünlü *Credo ut intelfigam* ("Anlayabilmek için inanıyorum") mottosunun ilk sistematik uygulanışı idi. Aristoteles'in diyalektik akıl yürütme ile apodeiktik akıl yürütme arasındaki çelişkisi çözülmüştü. Diyalektik yöntem hukukun bilimsel yöntemi haline gelmiş; nihayetinde bilimin, doğa bilimleri dâhil diğer dallarında da kullanılan bilimsel yöntemi olmuştur.

Hukuk âlimleri Yunan filozoflarından sadece evrensel hukuki ilkelerin temel metinlerden akıl yürütme yoluyla çıkarılabileceğine olan inançları nedeniyle değil aynı zamanda bu evrensel hukuki ilkelerin doğasına ilişkin inanışları nedeniyle de ayrılmıştır. Platon evrensellerin -adalet ya da güzellik idesinin, üçgen idesinin, renk idesinin, gül idesinin- doğada var olduğunu ve insanların zihinlerindeki genel idelerin "örnek" ya da "form"larının kusurlu yansımalarının dış gerçeklikte var olduğunu koyutlamıştır. Her ne kadar Aristoteles ile Platon'un felsefesi arasındaki farklılıkların çoğu Batı tarafından bilinen Aristoteles'in çalışmalarında, esasında Boethius'un çeviri ve yorumlarında,[47] örtük kalmış olsa da Aristoteles, daha sonra Batı'da adlandırılan (bugünse "idealist" denilen) Platon'un evrensel idelere ilişkin "realist" görüşünü paylaşmamaktadır. Batılı Hıristiyan filozoflar hem Platon'u hem de Aristoteles'i realist kabul etmiştir. Ancak bu filozofların bazıları evrensellerin "gerçekliği"ne dair bazı sorular sormuştur; realist duruşa ilişkin ilk sistematik ve keskin saldırı on birinci ve on ikinci yüzyıllarda, en başta Abelardus tarafından, gerçekleştirilmiştir. Abelardus, münferit olarak maddeyi ya da sınıflarını tanımlayan ortak niteliklerin dışsal gerçek-

---

[47] Aristoteles'in realist mi nominalist mi yoksa arada bir yerde mi olduğu bugün bile tartışmalıdır. Kimi zamansa konseptüalist [kavramsalcı] olarak adlandırılmaktadır. Bir konseptüalist, şeylerin (evrensellerin) özünün evrensellerden ayrı olduğundan (realizm) yahut hiç mevcut olmadığındansa (nominalizm) o şeylerin *içinde* olduğunu kabul ederler. Bu Abelardus'un fikrine ve hukuk kurallarının özgün kararlardan ulaşılan genellemelere içkin olduğu görüşüne hayli yakındır.

liği fikrini reddetmiştir. Ona göre münferit maddeler sadece zihnin dışında var olurlar ve evrenseller, bir sınıfa ait olan münferit şeylerin benzerliklerini ya da birbirleri ile olan ilişkilerini açıklamak için zihnin maddeye verdiği adlardır (*nomina*). Nominalistlerin bazıları evrensellerin hiçbir anlamlarının olmadığını söylemiştir; Abelardus ise adların bir anlamı olduğunu, sınıfın içinde münferit olanı nitelediğini ancak maddeye atıf yapmak dışında bir varlıklarının olmadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle "iyilik", "toplum", "renk" ve "gül" ne fiziki dünyada ne de ideal dünya formlarında bulunabilir; bunlar daha ziyade insan aklının iyi davranışlara ya da bir toplumsal ilişkiler içinde yaşayan insanlara, belirli pigmentlere ya da çiçeklere atfettiği genel niteliklerdir.

Nominalizm, hukukun dizgeleştirilmesi hareketinde vazgeçilemez bir rol oynamıştır. Zira Platoncu anlamında realizm, her ne kadar metafizik olarak inandırıcı olsa da dönemin hukuk düzenini oluşturan karar, gelenek, buyruk, hüküm, ferman ve diğer hukuki materyaller yığınını sınıflandırmaya, ayırmaya, farklılaştırmaya, yorumlamaya, genellemeye, sentezlemeye ve uyumlaştırmaya çalışan on ikinci yüzyılın hukukçularına tümden yabancıydı. Platoncu biçimde koyutlandığı haliyle, adalet, eşitlik, süreklilik, usuli tutarlılık ve diğer evrensel ilkelerin dışsal gerçekliğinden belirli hukuki kuralları ve kurumları çıkarsamaya çalışmak nafile bir akademik çaba olacaktı. Böylesi soyut bir sistemin ortaya çıkan dinî yahut seküler yönetimlere hiçbir yararı yoktu.

Sınıflandırma ve genelleme için gerekli olan şey, sınıflandırma ve genellemelerin dışsal dünyadaki gerçekliği yansıttığı inanışı yani Platoncu natüralizm olmaksızın, Yunan dehasıydı. Zira hukukta natüralizm, Romalı hukukçuların kazuistik *regulae*'sinden öteye pek geçemezdi. Öte yandan nominalistler, her ne kadar realistlerin genel kavramları inşa etme ve onların geçerliliğini kanıtlamaya yönelik derin kaygılarını paylaşsalar da bu ilkelerin *bu şekilde* var olduğunu reddetmişlerdi. Nominalistler, evrensellerin zihin tarafından, akıl ve irade ile üretildiğine; bu nedenle akıl ve irade tarafından yeniden gözden geçirilebileceğine ancak aynı zamanda evrensellerin niteledikleri tikellerin özünde olduğuna ve bu tikellerce sınandıklarına inanıyorlardı. Aşırı nominalizm "bütünün kendi parçalarının toplamından daha büyük" olduğunu reddederdi ancak daha ılımlı bir nominalizm, Abelardus'unki gibi, bütünün parçalarda olduğunu, parçaları bir

arada tuttuğunu; birbirinden ayrı ele alınan parçaların (parça olmaktan ziyade) birbirleri ile ilişkisi içinde ele alınanlar kadar büyük olmadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle ne parçalar, kati biçimde söylenirse, bütünden çıkarsanmaz (tümdengelim) ne de, yine kati biçimde söylenirse, bütüne parçalardan ulaşılmaz (tümevarım) daha ziyade bütün, birbirleri ile etkileşimde olan parçalardır. Bununla birlikte Abelardus'un hukuku dizgeleştirdiği ve sentezlediği biçimiyle uyumlu bir nominalizme göre hukukta, realizme içkin olan bütün ve parça, tümel ve tikel, biçim ve öz, neden ve sonuç ayrımına gidilemez.

Evrenseller ile tikellerin birleştirilmesinde örtük olan paradokslar, apodeiktik ve diyalektik akıl yürütmelerin birleştirilmesinde örtük olan paradokslar ile yakından ilişkiliydi. Buna karşılık her ikisi de inanç ve aklın skolastik sentezinde örtük olan paradokslarla yakından ilişkiliydi. Skolastik diyalektik bir akıl yürütme yönteminden daha fazlasıydı; düşünceyi organize etme usulünden de öteydi. Kıstasları törel olduğu kadar entelektüeldi ve sadece hakikatin değil adaletin de sınanmasının bir yoluydu. Bu nedenle skolastik antitezler sadece genele karşı özel, nesnele karşı öznel, iddiaya karşı cevabı değil fakat aynı zamanda katı hukuk kurallarına karşı istisnai davalarda muafiyet, hükme karşı istişare, mutlak kurala karşı göreli kural, adalete karşı merhamet ve ilahi hukuka karşın beşerî hukuku da içermektedir. Bunlar ve benzeri karşıtlıklar, çelişkili metinlerin mantıki uzlaştırılması için bir araç olarak kullanılmıştır ancak bu karşıtlıklar aynı zamanda alternatif değerleri göstermek için bir yol olarak dinî ve seküler kurumları biçimlendirmek için de kullanılmıştır. Tanrı'nın bizatihi kendisi adaletin ve merhametin, katı hukukun ve hakkaniyetin Tanrısı olarak ele alınmıştır. İlahi adaletin paradoksları ilk kez sistematik olarak beşerî yasalara uygulanmıştır. Bu nedenle skolastisizm sadece bir yöntem değil fakat aynı zamanda hukuk bilimi ve teolojidir.

Skolastik Diyalektiğin Hukuk Bilimine Uygulanması

Skolastik diyalektiğin Batı hukuk biliminin oluşumundaki rolüne ilişkin en çarpıcı örnek muhtemelen Bolognalı Keşiş Gratianus'un 1140 yılında yazdığı ve tipik olarak *A Concordance of Discordant Canons* başlıklı büyük çalışmasıdır.[48] Eğer bütün parçala-

[48] Gratianus'un biyografisine ilişkin bilinenler Stephan Kuttner'ın çalışmasında anlatılmıştır. Bkz. "The Father of the Science of Canon Law", *The Jurist*, 1 (1941), 2-19.

rın etkileşimli olarak bir bütün oluşturduğu göz önüne alındığında, "kapsamlı" ifadesi, bir yönetimdeki bütün hukuku içerme girişimi ve "sistematik" ise bu hukuku tek bir bütün olarak açıklama çabası anlamına geliyorsa, bu çalışma modern baskısındaki 1400'den fazla sayfası[49] ile Batı tarihindeki ve muhtemelen de insanlık tarihindeki hukuka ilişkin ilk kapsamlı ve sistematik bilimsel incelemeydi.

Önceki yüzyılda (on birinci yüzyıl) kilisenin bütün yasalarını tek bir kitapta ya da kitap dizisi halinde derleme girişimi olmamıştı ve yasaların parçalı derlemeleri (tipik olarak *canones* olarak adlandırılan "kurallar") kronolojik olarak düzenlenmişti. 1012 yılında Worms Başpiskoposu Burchard, basılı hali beş yüz sayfa tutan ancak kronolojik olarak değil de çeşitli kategorilere göre düzenlenmiş *Decretum* adlı büyük bir derleme hazırlamıştı. Bu kategoriler, sırasıyla piskoposluk idaresi, kiliseler, rahip olarak atananlar, vaftiz, Aşai Rabbani Ayinleri (Son Akşam Yemeği), cinayet, ensest, keşişler ve rahibeler, cadılar, aforoz, yalancı şahitlik, oruç, sarhoşluk, lâikler, müttehimler ve şahitler, zina, hasta ziyareti, kefaret ve tefekkürü kapsıyordu.[50] Burchard, hukuku teolojiden ayırmamış ve açık bir hukuk teorisi ya da hukuka dair teorileri sunmaya çalışmamıştır. Burchard, yorumda bulunmadan kutsal kitaba dair metinleri, ekümenik ve yerel konsüllerin kanonlarını, papaların kararnamelerini, çeşitli kefaret kitaplarında yer alan kuralları ve diğer kaynakları ortaya koymuştur. Daha sonra 1095'te Chartres Başpiskoposu Ivo, adı yine *Decretum* olan benzeri bir derleme yapmış, birkaç yıl sonra da *Pannormia* adlı başka bir derleme hazırlamıştır. Her iki derleme de daha önce olmadığı kadar yorum içermektedir ve hırsızlığa dair çok sayıda kural, belirli türdeki isteğe bağlı işlemler, mülkiyet, hüküm verme ve başka pek çok meseleyi de dâhil ettiği için kapsam bakımından daha geniştir.[51] Ivo *Decretum*'un Önsöz'ünde kilisenin kurallarını "tek bir metinde" birleştirmeye çalıştığını söylemiştir. Ivo, metinlerinde çatışan bölümlere yer vererek, onları uzlaştırabilecek kimi standartlar öneren ilk hukukçulardan birisidir. Tavsiyeler, der Ivo, hukukun açıklamalarına cevap olmalı ve endül-

[49] Decretum, E. Friedberg, ed., *Corpus Iuris Canonici*, vol. 1 (1879; reprint ed., Graz, 1959) içinde.
[50] Bkz. Migne, *PL* 140. 539-1058. Burchard 1025'te öldü.
[51] Bkz. Migne, *PL* 166. 47. Ivo 1040'tan neredeyse 1115'e dek yaşadı.

janslar genel kuralların zorlaması ile verilmemelidir. Ayrıca belirli bir kanonun iptal edilip edilemeyeceği ve belirli koşullar altında muafiyet sağlamayı amaçlayıp amaçlamadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Gratianus, kendi çalışmasını Ivo'nun çalışması üzerine inşa etmiştir.[52] Gratianus, ayrıca kendisinden önceki Roma hukuku *glossator*'larının çalışmalarına, özellikle yurttaşı Irnerius'unkilere hakimdi. Gratianus'un zamanında, Irnerius ve Bologna hukuk okulundaki takipçileri birkaç on yıldır Roma metinlerini tefsir ediyor, çapraz dizin oluşturuyor ve genel ilkeleri belirleyerek onları açıklıyorlardı. Bununla beraber Gratianus, seleflerinin hepsinden farklı bir dizgeleştirme yöntemi izlemiştir. Roma hukukçularının aksine önceden belirlenmiş bir metin üzerinde çalışmamış, dizgeleştirmeyi istediği metinleri pek çok yazılı kaynak arasından kendisi arayıp bulmak zorunda kalmıştır. Gratianus, bazıları kilise tarihinin en eski dönemlerinden olmak üzere yaklaşık 3800 kanonik metni derlemiş ve analiz etmiştir. Ancak bunları ne erken dönem kanonik derlemelerin geleneksel gruplandırmasına (atama, evlilik, kefaret vb.) ne de Roma hukukunun gruplandırmasına (kişiler, eşya, borçlar, veraset vb) göre gruplandırmıştır.

Gratianus'un sınıflandırması, bir yandan daha kapsamlı idi. Çalışmasının ilk kısmı 101 bölümden (*distinctiones*) oluşuyordu. Bunlardan ilk yirmisini hukukun doğasına, hukukun çeşitli kaynaklarına ve çeşitli hukuk dalları arasındaki ilişkiye dair temel metinlerin analizi ve sentezi; kalan seksen bir bölümü ise kilisedeki çeşitli makamların yargı yetkisi ve kilise personeline dair kurallar oluşturuyordu. Öte yandan Gratianus'un sınıflandırması daha önce hukuk literatüründe yararlanılanlardan daha işlevseldi. Gratianus, çalışmasının ikinci kısmında, zor problemleri (*quaestinos*) belirlediği otuz altı spesifik ve karmaşık davaya (*causae*) yer vermiştir. Gratianus bunları patristik otoritelerin, papalığın ve konsüllerin lehte ve aleyhte metinlerini sunarak, aralarındaki çelişkileri mümkün olduğunca çözerek, mümkün değilse çözmeden olduğu gibi bırakarak, genellemeler yaparak bazense

[52] Ivo'nun diyalektik yöntemine dayanan diğer kanon hukukçuları ve teologlar Stanley Chodorow'un çalışmasında zikredilmiştir. Bkz. *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelft Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum* (Berkeley, 1972), s. 2, n.3. üzerine.

hem genelleyerek hem harmanlayarak analiz etmiştir.[53] Üçüncü kısımda Gratianus, ayrım biçimlerine tekrar değinmiş ve ikinci kısımda sunduğu ayrım biçimlerini başka bir bölüm olarak araya sokmuştur. Bu çeşitlemeleri metnin simetrisini etkilese de hukuku yeniden ifade eden temel bütünlüğünü etkilememiştir.

Gratianus'un daha kapsamlı analiz ve sentez yönteminin en güzel örneği, çeşitli hukuk türlerinin tanımlandığı (ilahi hukuk, doğal hukuk, beşerî hukuk, kilise hukuku, prenslerin yasaları, vazedilen yasalar ve gelenek hukuku) ve birbirleri ile ilişkilerinin betimlendiği ilk yirmi bölümde bulunabilir. Kuşkusuz bu kategorileri Gratianus keşfetmemişti: Roma hukukçuları, Aristoteles'in doğal hukuk pozitif hukuk, evrensel hukuk ulusal hukuk, gelenek hukuku vazedilmiş hukuk ayrımları ile kilisede her daim mevcut olan ilahi hukuk beşerî hukuk ayrımını kendileri kullanmak üzere benimsemişti. Ancak Gratianus, bu ayrımlardan sistematik hukuki çıkarımlara ulaşan ve hukukun çeşitli kaynaklarını hiyerarşik olan düzenleyen ilk hukukçudur. Gratianus, doğal hukuk kavramını ilahi hukukla beşerî hukuk arasına koymakla başlamıştır. İlahi hukuk Tanrı'nın iradesinin vahiyde, özellikle Kutsal Yazmalar'daki vahiylerdeki yansımasıdır. Doğal hukuk da Tanrı'nın iradesinin yansımasıdır ancak doğal hukuk hem ilahi vahiylerde bulunur hem de insan aklında ve vicdanında. Buradan Gratianus "prenslerin (seküler otoritelerin) yasalarının (*leges*) doğal hukuktan (*jus naturales*) üstün olamayacağı" sonucuna ulaşmaktadır.[54] Benzer biçimde "kilisenin hukuku" "doğal hukuk"a aykırı olamaz.[55] "*Ius* (hukuk) cinstir" der Gratianus, "yasa ise onun türüdür".[56]

Gratianus ayrıca, doğal hukukun gereği olarak "prenslerin hukukları ile bağlı olduklarını ve onlara uygun yaşamaları gerektiği" sonucuna da ulaşmıştır.[57] Bu ilke Burchard ve Ivo tarafından da ortaya konmuştur. Kralların kendi hukukları ile bağlı oldukları, katı biçimiyle Roma hukukunun ve Cermen hukukunun bir parçası değildi. Erken dönem metinlerin kimi bölümlerinde iyi bir prensin ya da imparatorun ahlaki yükümlülük gere-

---

[53] Bkz. Stephan Kuttner, *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law* (Latrobe, Pa., 1960).

[54] Decretum, Dist. 9, c.1.

[55] Ibid., Dist. 9, dict. post. c.11.

[56] Ibid., Dist. 1, c.2.

[57] Ibid., Dist., 9, c.2

ği kendi yasalarını gözetmesi gerektiğini ancak genellikle hukukun gereği olarak prens ya da imparatorun bu yasalardan muaf olduğu belirtilmiştir.[58] Bu yeni teori ile ise yasakoyucu, eski yasaları değiştirebilse bile bu yasaları keyfi olarak ihmal edemez.

Dahası, Gratianus'a göre yasalar (*leges*) ve prenslerin kararnameleri (*constitutiones*) kilisenin yasalarına ve kararnamelerine tabi olmalıdır.[59] Daha da ötesi gelenekler (*consuetudines*), diye yazar, sadece doğal hukuka değil aynı zamanda ister seküler ister dinî olsun vazedilmiş yasalara uygun olmalıdır.[60]

Geleneklerin doğal hukuka uygun olması gerekliliği kanoncuların en büyük başarılarından birisidir. Gratianus'un yaşadığı dönemde Batı'daki hukuk çoğunlukla örf ve âdet hukukuydu. Pek çok hukuk normu dinî ya da seküler otoriteler tarafından yürürlüğe sokuldukları için değil, daha ziyade hüküm sürdükleri toplumlarda kabul edilmiş uygulamalar oldukları için bağlayıcıydı. Vazedilmiş yasalar ise hayli nadirdi ve genellikle hâlihazırda mevcut olan geleneğin yeniden ifade edilişi olduğu için meşruydu. Gratianus ve arkadaşı olan kanoncuların teorisi, akla ve vicdana uygun olmayan geleneklerin ayıklanması için bir dayanak teşkil etmişti. Bir geleneğin geçerliliğini belirlemek için ayrıntılı bir kıstas geliştirilmişti; geleneğin sürekliliği, evrenselliği, uygulama birliği, akla yatkınlığı -ki, bu kıstaslara yirminci yüzyılda da başvurulmaktadır. Bunun anlamı geleneğin kutsallığını yitirmesiydi; bir gelenek bağlayıcı olabilirdi de olmayabilirdi de.

---

[58] Fritz Schulz, "Prensi memnun eden şey kanun gücündedir" ve "prens yasalardan muaftır" gibi klasik Roma hukuku metinlerinin dar yorumlanması gerektiği ve ancak post-klasik dönemde imparatorun genel olarak yasaların üzerinde sayılmaya başlandığı konusunda haklı olabilir. Bkz. Schulz, "Bracton on Kingship", *English Historical Review*, 60 (1945), 136. Bununla birlikte hiçbir Roma hukukçusunun imparatorun hukukla bağlı olduğu yönündeki bir ifadesine rastlanmamıştır (ya da Peter Banos'un söylediği gibi belki de hiçbir Roma hukukçusu böyle bir şey söylemedi söylediyse de hayatta kalamadı.) Metinde takınılan tutum Iustinianus'un Kanunnamesindeki 1.14.4 hükmüyle reddedilmekten ziyade desteklenmektedir. "Prensin yasalarla bağlı olduğunu iddia etmek saltanat süren bir prensin görkemine layık bir ifadedir; bizim iktidarımız hukuka dayanmaktadır".

[59] Decretum, Dist. 10, c.1. and Pars II.

[60] Ibid. Dist. 11, Pars I. Gratianus'un hukukun kaynaklarına ilişkin açıklamasının özgünlüğüne ilişkin bir tahlil için bkz. Jean Gaudemet, "La doctrine des sources du droit dans le Decret de Gratien", *Revue de droit canonique*, 1 (1951), 6. Stanley Chodorow, Gratianus'un kanunlar hiyerarşisine yaklaşımının anahtarının onun kiliseyi hukuki bir topluluk olarak görmesinde olduğunu vurgulamakta son derece haklıdır. Stanley Chodorow, *Christian Political Theory*, s. 97. Bu nedenle de Gratianus, yasanın hiyerarşideki yerini belirlerken ilkin yasayı yapan ya da hukuki ilkeyi koyan siyasi otoriteye bakmıştır.

Böylece Gabriel Le Bras'ın sözleriyle kanon hukukçuları "hukukun; ebedi geçerliliği olan ilkeleriyle başka koşullarda mantıksız görünebilecek olsa da zamana, yere, kişilere bağlı olarak belirlenen değişken unsurları arasında bir sınır çizmiştir". Bu kuralların göreceliliğinin kabul edilmesi anlamına geliyordu ve çatışmaları uzlaştırmaya yönelik teknik bir yöntem sağlıyordu".[61] Gratianus'un *Concordance of Discordant Canons*'un Önsözü'ndeki sözleri ile eğer bu kurallar "değişen" durumlarla ilişkiliyse ve çatışma özel bir davadaki muafiyetten kaynaklanıyorsa, çatışan iki kuralın ikisi de doğru olabilir.

Gratianus'un doğal hukuka ve akla vurgusu kısmen Yunan felsefesinden, özellikle Stoa felsefesinden kaynaklanmaktadır. İlaveten Iustinianus'un yeniden keşfedilen Roma hukuku da doğal hukuka ve hakkaniyete dikkat çekmekte ve pek çok atıfta bulunmaktadır ancak bu kavramlarla herhangi bir sistem geliştirilmemiştir. Hukukun kaynakları sınıflandırılmış ancak hiyerarşik biçimde yahut bir örüntüye göre düzenlenmemiştir. Roma hukukçuları filozof değildi buna karşılık Yunan filozofları da hukukçu değildi ancak on ikinci yüzyılın Batı Avrupalı kanoncuları ve Roma hukukçuları, Yunan felsefesi ile Roma hukukunu birleştirmiştir. Roma hukukçuları ayrıca öteden beri olan akıl ve hakkaniyet kavramlarını, sevgi ve merhametle ilişkilendirdikleri Museviliğin ve Hıristiyanlığın vicdan kavramını ekleyerek derinleştirmişlerdir.

Dahası Roma hukukçuları, pozitif hukuk ile doğal hukuk ayrımını *lex* yani vazedilmiş yasalar ile *jus* [hukuk], adalet sistemi ya da hak arasındaki ayrım olarak özellikle tanımlamışlardır. Zira sadece prensler ve seküler otoriteler değil, kilise yetkilileri de - papalar, yerel konsüller ya da başpiskoposlar- münferit yasalar ve düzenlemeler vazetmiştir. Ancak ister Roma hukuku külliyatı olsun (daha sonra adlandırıldığı biçimiyle *corpus juris Romani*) ister bir yüzyıl sonra adlandırıldığı kutsal diye adlandırılan yeni kanon hukuku külliyatı olsun (*corpus juris canonicts*) hukuk (jus) külliyatı ile vazedilen hukukun geçerliliği, onun beşerî hukuk külliyatına uygunluğuna; beşerî hukukun geçerliliği de hem doğal hukuka hem de ilahi hukuka uygunluğuna bağlıydı.

Seküler hukuk ve dinî hukuk arasındaki düalizm ve seküler

---

[61] Gabriel Le Bras, "Canon Law", C.G. Crump and E. F. Jacob, ed. The Legacy of Middle Ages (Oxford, 1926) içinde, ss. 325-326.

otoritelerin çatışmalı bir aradalığı pozitif hukukun doğal hukuka tâbiyetini pekiştirmiştir. Kilise, kendi hukukuna aykırı olan seküler yasaların geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Ancak prensler bu iddiayı her zaman dikkate almamıştır. Ne var ki, prenslerin kendileri de seküler otoritelerin çatışan yasaları (mesela feodal lordlar ile kent konseyleri arasında) söz konusu olduğunda ya da nadiren kilisenin yasaları ile çatıştıklarında benzeri iddialarda bulunmuşlardır. Verili çoklu hukuk sisteminde, adil olmayan yasaların kurbanları akıl ve vicdan namına bir teselli için bir yargı çevresinden diğerine koşturabilirdi.

Bizzat kilisenin yasaları da doğal hukuka uygunluklarına göre sınanırdı. Gratianus'a göre "Yasalar ister dinî olsun ister seküler, eğer doğal hukuka aykırılarsa tümüyle dışarıda bırakılmalıdır".[62] Ancak ne var ki, herhangi biri nadiren kilise hukukunun doğal hukuka aykırı olduğunu söyleyebilecek durumda olurdu. Zira papa sadece en üstün yasakoyucu değil aynı zamanda İsa'nın yeryüzündeki vekili ve temsilcisiydi. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda, imparatora ve krallara hizmet eden memurları, yargıçları ve danışmanların çoğunluğu din adamlarıydı ve bağlılık yeminlerinin en azından yarısını papaya etmişlerdi. Yine de seküler otoriteler zaman zaman kilisenin yaptığı yasalara doğal hukuka karşı oldukları gerekçesiyle karşı çıkmıştır.

Kuralların göreceliği teorisinin temelinde kısmen yarışan hukuk sistemlerinin politikaları kısmen de hem örf ve âdet hukukunu hem de vazedilmiş hukuku doğaya ve hukukun kaynaklarına dair daha geniş bir teorik çerçeveye oturtmayı sağlayan bir yöntem sunan skolastik diyalektik yatmaktadır.

Gratianus'un ikinci temel yönteminin -eserinin ikinci kısmında, özellikle belirli hukuki "sorunlar"ın çatışan çözümlerinin analiz ve sentezi yöntemi- güzel bir örneği; bir rahibin dinle ilgisi olmayan literatürü okumasının gerekip gerekmediğine dair tartışmasıdır.[63] Gratianus, problemi ortaya koyduktan sonra kutsal yazmalara ve kilise tarihine olduğu kadar kilise konsüllerinin, kilise babalarının ve diğerlerinin söylediklerine de atıfta bulunmuştur; hepsi de rahiplerin dinle ilgisi olmayan literatürü okumaması gerektiğini söylemektedir. Daha sonra benzer otoritele-

---

[62] Decretum, Dist. 9, c.1.

[63] Ibid., Dist. 37, çevirisi için bkz. A.O. Norton, ed., *Readings in the History of Education* (New York, 1971), ss. 60-75.

rin tam tersini söyledikleri ifadelerine de atıfta bulunmuştur. Gratianus, her ifadeyi ya da örneği sunduktan sonra kendi yorumunu yapmıştır. Gratianus Kartaca Konsülü'nün resmî açıklamasıyla başlar "Bir başpiskopos kafirlerin kitaplarını okumamalıdır". Şerhinde ise belki de "lüzum üzerine yahut özel bir durumda dikkatlice okunabilecek" tanrıtanımazların kitapları ile ilgili bir şey söylenmediğine dikkat çeker. Yorumunda "lüzum" üzerine biraz daha açıklama yaparak, rahiplerin "düzgün açıklamalar yapabilmeleri" için tanrıtanımazların yazdıklarını okuyabileceklerine işaret eder. Sorunun kendisine eşlik eden dikkat çekici bir şerh, kâfirlerin yazdıklarının okunmasına karşı çıkan bütün yorumları özetlemektedir: "Görünen o ki, yalnızca haz yasaklanmıştır". Gratianus nihayetinde "çatışmayı çözmek için" kendi sonucunu sunar, buna göre herkes (sadece rahipler değil) kâfirlerin yazdıklarını okumalıdır, keyif almak için değil öğrenmek için böylece onların yazdıklarında dinî eğitimde kullanılabilecek olan unsurları bulabilirler. Gratianus, sadece iki çatışan öğretiden hangisinin doğru olduğunu belirlemek için değil aynı zamanda bu çatışmadan yeni bir öğreti, üçüncü bir görüş çıkarabilmek için genel ilkeleri ve genel kavramları karşıt öğretileri sentezlemek için kullanmıştır.[64]

Skolastik yöntemin belirli hukuki problemlere temel metinlerdeki çatışmaları uzlaştırmak ve onlardan yeni bir öğreti çıkarmak için nasıl uygulandığına ilişkin pek çok örnek verilebilir. Şimdi verilecek örnek sadece Gratianus'tan değil on ikinci ve on üçüncü yüzyılın kanoncularından ve Roma hukukçularından alınmıştır ve skolastik hukukçuların hukuk tekniği ile modern hukuk tekniği arasındaki benzerlikleri göstermektedir. Hem Eski Ahit hem de Yeni Ahit öldürmeyi yasaklar ancak her ikisi de şiddet kullanımının kabul edilebilir olduğu halleri göstermektedir. Roma hukuku ise aksine her ne kadar ahlaki ilkelerden vazgeçmiş gibi görünmese de *Vim bi repellere licet* (Şiddeti püskürtmek için şiddete başvurulabilir) kuralını içermektedir. Ancak bu kural genel olarak Roma hukuk kurallarının tasavvur edildiği gibi genel bir ilkenin ya da kavramın somutlaştırılması olarak tasavvur edilmez; daha ziyade esas olarak Lex Aqulia'da bulunan

---

[64] Çatışan çözümlerden basitçe birinin ya da ikisinin seçimine dayanan türde bir sentez, bu bağlamda bir adım geri atan Aquino'lu Thomas'nın (on üçüncü yüzyılın sonu) felsefi yöntemidir.

"bir adam mülkünü korumak için zora başvurabilir" kuralından çıkarılan belli tipteki durumlarla sınırlıdır. On ikinci ve on üçüncü yüzyılın Avrupalı hukukçuları bu Roma hukuku kuralını İsa-nın sözüm ona pasifist ifadesi ("diğer yanağını dön") ile karşılaştırarak genel bir ilkeye dönüştürmüş ve çatışan ilkelerden yola çıkarak birbirleri ile ilişkili kategorilerde sınırlı şiddet kullanımını meşrulaştıran genel bir kavram geliştirmiştir: kanunun uygulanması için güç kullanımı, meşru müdafaa, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa, mülkün korunması için zora başvurma, bir başkasının mülkünü korumak için zora başvurma. Bu ilkelere sadece medeni hukukta ve ceza hukukunda değil "adil savaş" bağlamında siyasi ve dinî sorularda da başvurulmaktadır.[65]

Bunlar, daha ziyade temel metinlerin çatışan bölümlerine dair bir *quaestio* belirledikten sonra otoritelerin bir tarafı destekleyenlerin söylediklerini ve gerekçelerini gösteren bir *propositio* ile karşıt görüşün söylediklerine ve gerekçelerine dair bir *oppositio* koydukları; sonrasında ise *oppositio*'nun gerekçelerinin doğru olmadığını yahut *propositio*'nun gerekçelerinin *opposito*'nun ışığında terk edildiği veya yeniden değerlendirildiği bir *solutio* (veya *conclusio*) sundukları skolastik tekniğin basit örnekleridir. Genellikle skolastik yöntemin ortaya koyduğu "ihtilaflı sorular" çok daha karmaşıktı.[66] Öğretmen ya da yazar sıklıkla bir değil, birbirleri ile ilişkili birden fazla problem ortaya koyardı. Daha sonra ise karşıt tarafların iddiaları sunulurdu, âdeta bir davada davacı ve davalının yaptığı gibi. Lehte ve aleyhte iddialar "karşılıklı cepheler gibi düzenlenirdi".[67] Tarafların lehine olan hukuk kuralları belirtilir; kimi zamansa tek bir lehte ya da aleyhte iddiayı desteklemek için düzinelerce *allegationes* (sav) ileri sürülürdü. Argümanların karakteristik kavramları, Hermann Kantorowicz'in gösterdiği gibi, Yunan diyalektiğinin ulaşılabilir literatüründen ya da Iustinianus'un Roma hukuku metinlerinden yahut her ikisinden birden alınıyordu.[68] On ikinci yüzyılın ikinci yarısının hukukçu-

---

[65] Bkz. Frederick H. Russell, *The Just War in The Middle Ages* (Cambridge, 1975).

[66] Bkz. Hermann Kantorowicz, "The Quaestines Disputatae of the Glossators", *Tijdscrift voor Rechtgeschiedenis/Solidus Revue d'historie du droit*, 16 (1939), s. 5.

[67] Ibid., s. 23.

[68] Ibid., ss. 55-56 Kantorowicz şunları sıralamaktadır: *titulus, rubrica, summaria, exordium, casus, causa, materia, thema, ponere, queritur, questio, controversia, disputatio, actor, argumentum, decisio, definitio, determinatio, iudicum, sententia, responsum, distinctio, divisio, problema, solutio ve diğerleri.* Ancak bkz. Fritz Pringsheim, "Beryt und

ları[69] tarafından keşfedilen yöntemde tümüyle yeni olan, bütün kavramların zorlu davalardaki dava dilekçeleri ve yargılamalara benzeyen hayli karmaşık yapısına benzer biçimde bir araya getirilmesidir. Bu benzerlik tesadüfî değildir: Kantorowicz bu biçimin ilkin davalarda geliştirildiğine ve daha sonra sınıfta ve literatürde taklit edildiğine inanmaktadır -tıpkı muhtemelen 1280-1535 arasındaki İngiliz Salnamelerinin biçiminin öğrencilerin Kral'ın mahkemelerinde görülen davalarda not aldığı argümanlardan oluşturulduğu gibi.[70] Ancak mahkemelerdeki iddiaların lehte ve aleyhte alıntılar, girift düzenlemeler ve karmaşık sentezler aracılığıyla neden tümüyle bir karşılıklı taraflar halini aldığı sorusu hâlâ ortadadır. Kuşkusuz bu sorunun cevabının önemli bir parçası şurada yatmaktadır: "*quaestiones disputatae*'nin Iustinianus'un yazılı hukuku ile onun dönemin adalet mahkemelerinde uygulanması arasındaki esas bağlantıdır. Böylece gözüpek paralellikler kurma, hakkaniyetin en uzak ilkeleri ele alma, hukuktaki *boşlukları* sezgi ve hayal gücü ile doldurma cesareti doğmuştur. Bu sebeple Roma hukukunun uyarlanmasında dinamik bir unsur olarak değişen ve değişmekte olan bakış açıları ve şartlar gerçekten muazzamdı".[71] Aynı cüret ve aynı teknikler İncil ve kanonla ilgili ilkeler ile patristik ilkelerin hayatın yeni koşullarına uyarlanmasında da uygulandı.

Somut davalara uygulanabilecek kuralların altında yatan genel ilkelerin detaylandırılmasına ek olarak on ikinci ve on üçüncü yüzyılın hukukçuları, hem kanon hem de Roma hukukçuları, aynı zamanda temsil, tüzel kişilik, yargı yetkisi gibi genel kavramları da tanımladılar. Tam da bu noktada Iustinianus'un Roma hukuku temel terminolojiyi Platon ve Aristoteles'in Yunan diyalektiği temel yöntemi sağlarken, bu ikisinin birleşiminden, tamamen farklı bir toplumsal bağlamda, tümüyle yeni bir şey doğdu. Örneğin, Roma hukukçuları bir kölenin efendisinin vekili olarak onun namına hareket edebileceğine ve efendinin bundan sorumlu olacağına dair çeşitli kurallar koymuş ancak genel ola-

---

Bologna", *Festschrift fiir Otto Lenel* (Leipzig 1921) içinde, ss. 204, 252. Kantorowicz, Pringsheim'ın (neredeyse yirmi yıl önceden yazan) bu terimlerin pek çoğunu doğuda Iustinianus'un zamanından *sonra* geliştirilen Roma hukukuna atfemekle hata yapmaktadır.

[69] Kantorowicz, "*The Quaestines Disputatae*", ss. 1-6.

[70] Ibid., s. 43.

[71] Ibid., ss. 5-6.

rak ne vekil ne de temsilci kavramlarını tanımlamıştır. Benzer biçimde bir grup insanın, *societas* ("ortaklık") gibi kolektif bir birlik olarak değerlendirileceğine dair hükümler koymuşlar ancak grubun ya da tüzel kişiliğin ne olduğuna dair bir tanım yapmadıkları gibi sınırlı sorumluluk fikrini de geliştirmemişlerdir. Iustinianus'un Roma hukukunda genel bir sözleşme kavramı dahi yoktu; kimi spesifik sözleşme tipleri vardı ancak bunlar genel ahde vefa kavramına tabi değildi. Bu nedenle de kanunla adlandırılan sözleşme tiplerinin dışında kalan sözleşmeler *ipso facto* [aslında, fiilen –ç.n.] sözleşme değildi.[72]

Ancak Iustinianus zamanında ve öncesinde genel Roma hukuku kavramlarının olmadığını söylemek de tümüyle yanlış olacaktır. Aksine Roma hukukçuları hangi durumlarda bir sözleşmenin "hata" nedeniyle hükümsüz sayılacağını, resmî olmayan bir yükümlülüğün "iyi niyet" gereği yerine getirilmesinin gerekeceğini ve kavramlara atıf yapılan hukuki sonuçları içeren diğer durumları hevesle tartışmışlardır. Gerçekten de sahiplik, mülkiyet, suç, hile, hırsızlık ve düzinelerce kavram erken dönemlerden itibaren Roma hukukuna nüfuz etmiştir. Bu Roma hukukunun muazzam meziyetiydi. Ne var ki bu kavramlar kurallara hâkim olan ve onların uygulanışını belirleyen fikirler olarak ele alınmamıştır; felsefi olarak da değerlendirilmemişlerdir. Roma hukuku kavramları, pek çok kural örneğinde görüldüğü üzere spesifik türdeki olaylarla bağlanmıştı. Roma hukuku girift kurallar ağından oluşuyordu ancak yine de bunlar entelektüel bir sistem olmaktan ziyade spesifik hukuki problemlere bulunan pratik çözümlerin ayrıntı mozaiğiydi. Bu nedenle Roma hukukunda kavramlar olduğu halde kavram kavramının olmadığı söylenebilir.

Roma hukukunun çalışmalarını on birinci ve on ikinci yüzyıllarda canlandıran Avrupalı hukukçular ise aksine, devasa Roma hukuk kuralları ağını hem genel ilkeler hem de genel kavramlar bakımından dizgeleştirmeyi ve uyumlaştırmayı amaçlamıştır. Bu amaçla teolojideki meslektaşlarının Eski ve Yeni Ahit'i, kilise babalarının yazmalarını ve diğer kutsal yazmaları dizgeleştirmek ve uyumlaştırmak için başvurdukları yönteme benzer bir yöntem kullanmışlardır. Hukukçular, hukuki kavram kavramını ve hukukun ilkeli olduğu ilkesini başlangıç noktası olarak almışlardır.

Bu, Roma metinlerinin daha pratik biçimine felsefi bir boyut

[72] Bkz. "Bracton on Kingship", ss. 43-44.

katmaktan daha fazlası anlamına gelmektedir; tam da gündelik hukuki soruların, mesela "Borçlu borcunu ödemezse haklarım nelerdir?" gibi, anlamlarını değiştirmiştir. Roma hukuku kuralları hâlâ alıntılanabilirdi ancak bu kurallar, kavrandıkları biçimiyle altında yatan amaçlarının ve sistemin bütünündeki diğer parçaları ile ilişkilerinin ışığında yorumlanıyordu. Örneğin Roma kuralı borçlunun geçerli bir itirazı olsa bile borcunu ödemesini ve alacaklıya karşı taleplerini ayrı bir davada dile getirmesini gerektirirken, Avrupalı Roma ve kanon hukukçuları, nihayetinde iyi niyet kavramına dayanarak sözleşmeden doğan sorumluluğun karşılıklılığı ilkesine başvuruyordu.

Genel hukuki kavramların kavramsallaştırılması hukuk kurallarının altında yatan genel ilkelerin formülasyonu gibi sadece Yunan felsefesinin yeniden canlandırılması ile değil aynı zamanda teolojideki gelişmelerle de yakından ilişkiliydi ve hem felsefi hem teolojik boyutlar, Papalık Devrimi ile inşa edilen büyük siyasi, ekonomik ve toplumsal değişikliklerle yakından ilişkiliydi. Hepsinden öte ilkelerin açıkça belirlenmesini önemli kılan, yeni ortaya çıkmakta olan rekabet halindeki dinî ve seküler merkezî yönetimlerin bir arada var olmasıydı. On birinci yüzyılda kendisini tüzel kişilik (*universitas*) olarak adlandıran ilk kolektif, kiliseydi. Başpiskoposların ve rahiplerin otoritesi önceden atamanın kutsallığından gelirken ve aynı zamanda yargı yetkilerinden de kaynaklanmaya başlamıştır; başpiskoposlar ve rahipler ilk defa papanın rızası ile atanmışlardı ("Tanrı'nın ve Papalığın inayetiyle") ve ancak papa tarafından görevden alınabilirlerdi. Bir başpiskopos, tüzel kişi olan Kilise'nin memuru olarak görülüyordu. Başpiskoposun yargı yetkisi evrensel maddi hukuk ve usul hukuku kuralları ile bir davayı görme iktidarını ve görevini de kapsıyordu; kaybeden tarafın otomatik olarak papalık mahkemesine temyize gitme hakkı vardı.

Benzeri bir kavramsallaştırma süreci seküler hukuk sistemlerinin gelişiminde de gerçekleşti. Aynı terimler büyük ölçüde Roma hukukundan alındı, genel ilkelerin açıkça belirlenmesi ve nihayetinde genel kavramların oluşturulmasında kullanıldı. İlkeler ve kavramlar daha sonra yeni uygulamaların sonuçlarının yorumlanmasında dayanak olarak kullanıldı. Bu gelişme hukuk bilimini kökten değiştirdi. Bunun anlamı, bir hukuk kuralının, sistemin bütünündeki ilkelerle ve kavramlarla olan organik tutarlılığının sınanabileceği ve geçerliliğinin kanıtlanabileceğiydi.

Batı Biliminin Prototipi Olarak Hukuk

Skolastik hukukçular, bilim sözcüğünün Platoncu ya da Aristotelesçi anlamından ziyade Batılı modern anlamıyla bir hukuk "bilim"i yaratmıştır. Platon'a göre bilim tümelden tikele giderek ulaşılan hakikatin bilgisiydi. Aristoteles ise, her ne kadar gözlem ve hipotez yöntemlerini vurgulasa da belirli bir töze ya da sonuca ulaşmayı sağlayan gerçek durumu ve zorunluluğu bulmaya odaklanmıştır; onun için bilimin nihai modeli geometridir. Matematiğin yanılabilir insan gözleminden ziyade kendi içsel mantığına dayanan kesinliği, Batılı modern insan için matematiği bir bilimden ziyade bir dil ya da felsefe yapmaktadır. Modern Batı bilimi, Aristoteles'in biliminden farklı olarak, bu zamanın dünyasındaki fenomenleri düzenlemeye yarayabilecek hipotezlerin formüle edilmesine odaklanır ve dolayısıyla kesinliklerin ve zorunluluğun dünyasından ziyade olasılıkların ve tahminlerin dünyasındadır. Skolastik hukukçuların bilimi de bu türden bir bilimdi. Skolastik hukukçular, genel hukuk kavramlarını, tikelleri ifade eden diyalektik bir kip kullandılar. Kuşkusuz skolastik hukukçuların bilimi, kendi deney türlerinden yararlansa da modern fizik ya da kimya gibi "kesin" bir bilim yahut doğal bilimlerin pek çoğunda olduğu gibi (hepsinde değil) laboratuar deneylerine elverişli türden de değildi. Ayrıca maddi dünyanın gözlemlenen fenomeninden ziyade gözlemlenen toplumsal fenomenden -hukuki kurumlar- bir sistem çıkarmakla meşguldü. Bununla birlikte yeni hukuk bilimi, doğal bilimlerin gelişiminde de olduğu gibi, ampirik ve teorik yöntemleri birleştirmiştir.

Modern Batılı anlamıyla bir bilim üç ölçüt çerçevesinde tanımlanabilir: metodolojik ölçüt, değer ölçütü ve sosyolojik ölçüt. On ikinci yüzyılın Batı Avrupalı hukukçularının hukuk bilimi bu üç ölçütle modern Batılı bilimlerin öncüsü olmuştur.

HUKUK BİLİMİNİN METODOLOJİK NİTELİĞİ

Modern Batılı anlamı ile bir bilim şu metodolojik unsurlarla tanımlanabilir: (1) bütünleşik bir bilgi kümesi, (2) ki, bu kümede fenomenin özgün oluşumu (3) genel ilkeler ve gerçekler ("yasalar") olarak sistematize edilerek açıklanmıştır; (4) hem fenomenin hem de genel ilkelerin gözlem, hipotez ve doğrulamanın ve hatta mümkünse deneyin birleşiminden edinilen bilgisi. Ne var ki, (5) bilimsel araştırma ve sistematizasyon, bütün bu ortak niteliklerine rağmen bütün bilimler için aynı değildir, ancak her bi-

lim araştırma esnasında fenomenin özgün oluşumunu özellikle uyarlamalıdır. Bu tanım, geçerli olan tek yöntemin doğal bilimlerin yöntemi olduğuna ve hepsinden öte fizik ve kimyanın bilim olarak adlandırılabileceğine dair pek çok ülkede, özellikle İngiltere ve ABD'de yaygın olan anlayışı reddeder.

On birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyılın İtalyan, Fransız, Alman ve diğer kanon ve Roma hukukçuları, yukarıda sıralanan beş ölçütle, bilimsel araştırmalarında ve yazmalarında hukuk bilimini inşa etmişlerdir. İncelenen fenomen; kararlar, kurallar, gelenekler, yasalar ile kilise konsülleri, papalar, başpiskoposlar ve imparatorlar, krallar, dükler, kent yöneticileri ve diğer seküler otoriteler tarafından yürürlüğe sokulan veriler ya da Kutsal Kitap'ta, Iustinianus'un Roma hukuku metinlerinde ve diğer yazılı kaynaklarında yer alan verilerdi. Bu hukuki materyaller hukukçular tarafından, gerçeğin genel ilkelerini ve kavramları bakımından gözlemlenecek, sınıflandırılacak ve sistematik olarak açıklanacak veriler olarak ele alındı. Açıklamalar hem mantıksal hem de deneysel doğrulamaya tabiydi. Uygulamaları ölçüsünde pozitif örnekleri kanıtlanabilir ve sonuçları ölçülebilirdi, bir tür deney de dâhil edilebilirdi.

On ikinci yüzyılın hukukçularının bilimsel düşünceye katkılarındaki özgünlüğü, onların genel ilkeleri kanıtlarla tutarlı biçimde inşa etmeleri ve bu ilkelerden kanıtları ve ulaştıkları sonuçları açıklamak için yararlanmalarında yatmaktadır. Onlar sadece genel ilkelerin geçerliliğini ampirik olarak sınamayı kabul eden ve geliştiren değil aynı zamanda bu ilkeleri ampirik olarak kullanan ilk Batılı âlimlerdir. İnceledikleri ampirik verilerin mevcut yasalar, gelenekler ve kararlar olması onların başarısını daha az şaşırtıcı kılmamaktadır. Platoncu düşünceden alındığı daha sonra anlaşılan mevcut alternatif yöntem, genel ilkeleri (ideal Formları) teolojik, kozmolojik ve politik öğretileri doğrulamak için kullanmaktı. Ancak Platoncu yöntem, ideal Formlarla uyumlu olmayan kanıtın reddini gerektirdiğinden, mevcut yasaların, geleneklerin ve kararların uyumlaştırılmasına uygun düşmüyordu.

Spesifik bir örnek vermek gerekirse, hukukçular, araştırdıkları muhtelif hukuk sistemlerinin hepsinde şu sorunun sorulduğunu gözlemlediler; malları elinden zorla alınmış birisinin onları zorla geri alma hakkı var mıdır? Iustinianus'un Roma hukuku metinlerinde yorumlamayla ulaşılan çözümlerden birisine göre Romalı *praetor* toprağı (mallar konusunda bir şey söylememekte-

dir) elinden zorla alınan birisinin belirli bir süre geçtikten sonra toprağını zorla geri alamayacağına karar vermiştir. On ikinci yüzyılın hukukçuları, bu kuralın her türlü mala da aynen uygulanabileceğini zira her iki dava türünde de amacın aynı olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Yine bazı kilise konsülü kararlarında ve münferit kilise mahkemelerinde, bir piskoposun piskoposluğundan kovulursa, makamını geri almak için güce başvuramayacağına karar verilmiştir. Bir piskoposluk, on ikinci yüzyılın hukukçularının dikkat çektiği üzere, sadece toprak üzerindeki hakları değil ürünleri iratları ve haklara bağlı hakları da ("talep hakları" [*choses-in-action*]) kapsamaktadır. Böyle örnekler sadece analojiye değil hipotezlere de yol açmıştır. Görünen o ki, pek çok kuralın altında temel bir ilke yatmaktadır; -bu dönemde hukukta belirtilmese de hukuku açıklamak için hukuk bilimcileri tarafından belirtilmektedir- hakları ihlal edilen kişilerin "ihkak-ı hak" yerine haklarını korumak için dava açmaları gerekmektedir. Bu hipotez, mantıksal olarak hukukun temel amacının anlaşmazlıkları çözmede şiddet kullanılmasına alternatif bir araç olduğu önermesini doğrulamaktadır. Bu hipotez, hukuk kuralının doğmasına neden olan durumlara dair deneyimin kendisi de dâhil olmak üzere deneyimle de doğrulanmıştır. Buna göre, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki haklar ve alacak haklarına ilişkin anlaşmazlıklar taraflardan önce birisi sonra diğeri tarafından şiddet yoluyla çözümlenmeye çalışıldığında düzensizlik ve adaletsizlikle sonuçlanmaktadır. Bu deneyim, hukukçular farklı hukuk kurallarının sonuçlarını ve hukuk kurallarındaki değişiklikleri karşılaştırabildiğinde deney aşamasına yükselmiştir. Tatmin edici olmadığı düşünülen kurallar ya değiştirilmiş ya ilga edilmiş ya da terk edilmiştir, buna karşılık tatmin edici olduğu düşünülen kuralların uygulanmasına devam edilmiştir. Böyle "deneyler", laboratuar testlerinin kesinliğinden yoksundur; yine de "tarihin laboratuarı"nda -bugünün bilim insanlarının "doğal deney" dediği türden- bir tür sosyal deneydirler. Modern terminoloji ile söylenirse, deneyim, kuralların somut davalara uygulanması deneyimi dâhil, hem kuralların hem de kuralların altında yatan genel ilkelerin ve kavramların geçerliliğini sınayan sabit geri bildirim süreci olarak değerlendirilmiştir.

Elbette hukuk bilimi politikanın vicdanına kalmıştır; yasakoyucular hukukçuların bulgularına itibar etmeyebilirler, sıklıkla da etmemişlerdir. Uygulamada mantık ve deneyim sıklıkla ikti-

dar, önyargı ve açgözlülük uğruna feda edilmiştir. Ancak yine de bu farklı bir meseledir ve on ikinci yüzyılın hukukuna gölge düşürmez.

Genel hukuki ilkelerin mantık ve deneyimle doğrulanması hukuk bilimini en yüksek entelektüel seviyede inşa etmiştir ancak ne var ki on ikinci yüzyılın hukuk âlimleri, bugünkü emsalleri gibi, daha sonra "hukuk dogması" olarak adlandırılan meseleyle meşgul olmuştur. Başka deyişle sistematik olarak hukuk kurallarının alt bölümlere ayrılması, birbirleri ile bağlantıları ve bunların çeşitli durumlara uygulanması üzerine çalışmakla meşgul olmuşlardır. Zorla el koyma örneğine geri dönecek olursak, bir insanın mülkünü zorla geri almasını yasaklayan ilke bir kere kabul edilince, mülküne zorla el konulanlar için nasıl bir hukuki çözüm yolu geliştirileceğine dair çetrefilli sorular doğmuştur. Örneğin bir kişi mülkünü daha önce zorla edinmiş olsa bile ve mülkünü zapt eden mülkün gerçek sahibi olsa bile ondan zorla alınan mülkü kendisine iade edilecek midir? Taşınmaz ve taşınır mallara ilişkin çözümler aynı mı olacaktır? Bir kişinin kendisinden zorla alınan malını zorla geri alması için bir zaman sınırlaması öngörülecek midir ("sıcak takip")? Bu tip sorular hukukçular tarafından esas olarak ahlaki ya da siyasi sorular olarak değil daha ziyade hukuki sorular olarak görüldü. Başka deyişle bu soruların cevabı, hukuk otoritelerinin kararlara, kurallara, geleneklere, yasalara, kutsal yazmalara dayanan yorumları ile verilecekti. Temel metinler, objektif olarak verili kabul ediliyordu; bu metinlerin akla aykırı olduğu, yararsız oldukları ya da tarihsel şartlara bağlı olduklarını göstermeye ve böylece kuralları sarsmaya yönelik girişimler olabilirdi. Ancak kurallar bütün meydan okumalara rağmen ayakta kaldılarsa kabul edilmeleri gerekirdi. Kurallar "olgu"lardı ve hukukçuların amacı onları organize etmek ve onlara bir anlam kazandırmaktı. Hukukçuların yöntemleri daha sonraları doğal bilimciler tarafından verileri keşfetmek ve sentezlemek için kullandıkları yöntemlerden esasen farklı değildi.[73]

---

[73] Daha önce hukukta geliştirilen modern bilimin doğal fenomenlere uygulandığı erken -belki de ilk- örnek için on üçüncü yüzyılın ilk on yılında Oxford'da eğitim veren ve 1235'ten ölümüne dek Lincoln Piskoposu olan Robert Grosseteste'nin (1168-1253) çalışmasında bulunabilir. Grosseteste, optik, ses, ısı, astronomi ve diğer doğal fenomenler üzerine yaptığı deneysel çalışmalarını bilhassa Aristoteles'in "olgu" (*quia*) ve "olgunun sebebi" (*propter quid*) arasında yaptığı ayrım üzerine inşa etmiştir. Grosseteste bu yönteme bir de bütünü parçalara ayırarak inceleme

Hukuk bilimi tarafından kararlarda, kurallarda, kavramlarda ve diğer hukuki verilere içkin ilkelerin keşfi ve doğrulanması için geliştirilen yönteme ek olarak hukuki işlemler sırasındaki olguların keşfi ve doğrulanması için başka bir yöntem geliştirilmiştir. Mahkemelerde olguların kanıtlanması retorik çalışmalarındaki yeni gelişmelerle yakından ilişkilidir. Retorik henüz konuşmayı süsleyerek duygulara hitap eden bir ikna sanatı haline gelmemişti; hâlâ eski Aristotelesçi yolla mantığa seslenerek ikna etmeye dayanıyordu. On ikinci yüzyılda vurgu kanıtlama yöntemi üzerineydi. Hipotez kavramı, hatipler (retorik ustaları) tarafından diyalektik tez kavramını (*quaestio*) tamamlamak için ortaya atıldı. Hipotezin kanıtlanması, kanıtın sunulması gerekliliği olarak anlaşılmaktaydı ve dolayısıyla muhtemel gerçek nosyonunu ima etmekteydi. Bu, varsayımların bir mantık formu olarak büyük rol oynadığı olasılıklar yelpazesinin genişlemesine ve aynı zamanda da kanıtın sunulması ve değerlendirilmesi sırasında hatadan ve çarpıtmalardan önlemeye yönelik kuralların konulmasına sebep olmuştur. Retoriğin hukukla olan paralellikleri vurgulanmıştır; on ikinci yüzyılın iyi bilinen bir bilimsel çalışması *Rhetorica Ecclesiastica*'da "hem retoriğin hem de hukukun usullerinin müşterek olduğu" belirtilmektedir. Aynı çalışmada dava (*causa*) "belli bir insanın belli bir davranışı ya da ifadesi ile ilgili medeni uyuşmazlık" olarak tanımlanmıştır.[74]

---

yöntemini ilave etmiştir. Buna göre, başvurulan ilkelerin geçerliliğini sınamak için gözlemlenen fenomen bileşenlerine ayrılır, fenomen teorik olarak yeniden inşa edilir ve teorik olarak inşa edilen yapı (kompozisyon) bileşenleri ile karşılaştırılır. Grosseteste'nin bilim tarihindeki yeri modern bir yazarın sözleriyle şöyledir: "Gratianus, aynı mantık yöntemini kanon hukukunun reformunda kullandı". A.C. Crombie, "Grosseteste's Position in the History of Science", D.A. Callus, ed., Robert Grossetete, *Scholar and Bishop: Essays in Commemoration of the Seventh Century of His Deat*h (Oxford, 1955) içinde, s. 100. Grosseteste'nin öğrencisi Roger Bacon (1120-1292) Grossetest ve çağdaşı bilimcilerin "matematiğin tüm şeylerin illetlerini ortaya çıkarabileceğinin ve beşerî ve ilahi fenomene doyurucu bir açıklama getirebileceğinin" farkında olduklarını yazmıştır. Francis S. Stevenson, *Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln: A Contribution to the Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century* (London, 1899), s. 51. Stevenson, Bacon'ın "matematiğin gücüyle" kastettiğinin muhtemelen bugün (1899) "hukukun hükümranlığı"nın ve "Grosseteste'nin yazmalarında bulunan teşhisin" tanımlanması olduğunu yazmaktadır. Bkz. A.C. Crombie, *Grosseteste, Bacon, and the Birth of Experimental Science*, 1100-1700 (Oxford, 1953). s. 10.

[74] "Causa est civilis disceptatio de certo dicto vel facto certae personae". Bkz. Alessandro Giulliani, "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading", *Judicial Review*, 62 (1969), 231.

Böylece hukuki dava kavramı retorik hipotez kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Yine aynı çalışmada belirtildiği üzere, ihtilaflı bir meselede gerçeği bulmak için dört kişi gerekmektedir: bir yargıç, bir tanık, bir davacı, bir davalı. Argümantasyon kurallarının, özellikle de meseleyle ilgili olma ve anlamlı (neden-sonuç ilişkisi kurulabilir) olma kurallarının ihlal edilip edilmediğini gözetecek olan yargıçtır. On üçüncü yüzyılın başlarında, gereksiz (çoktan tespit edilmiş meselelere ilişkin), ilgisiz (davayla hiç ilgisi olmayan), belirsiz ve güvenilmez (açık sonuçlara ulaşılamayacak olan), ziyadesiyle genel (belirsizliğe neden olan) ve doğaya aykırı (inanılması imkansız olan) kanıtların sunulmasının önlenmesine münhasır kurallar geliştirilmiştir.[75] Alessandro Giuliani'nin gösterdiği üzere hukukun "kurgusal akıl yürütme" sistemi Avrupa'nın pek çok ülkesinde bir kenara atılmış ve yerini matematiksel mantığı vurgulayan "doğal akıl yürütme"ye bırakmıştır ancak "kurgusal akıl yürütme" sistemi, Hobbes ve diğerlerinin aksi yöndeki çabalarına rağmen Edward Coke, Matthew Hale ve takipçilerinin gayretleriyle İngiliz *common law*'unda varlığını sürdürmüştür.[76]

Hukuki akıl yürütme ile bilimsel akıl yürütmenin karşılaştırılması ve hukuki akıl yürütmenin Batı'daki modern bilimsel akıl yürütmenin prototipi olduğu iddiası bilime dair güncel ama evrensel olarak kabul görmeyen görüşlere dayanmaktadır. Modern bilimin şafağının yaklaşık beş yüzyıl sonra, genellikle Galileo'nun dönemi olduğu kabul edilir. Daha da ötesi bugün modern bilimin klasik dönemi olarak değerlendirilen dönemin Galileo, Kepler, Descartes, Leibniz, Newton ve diğer öncüleri başka hiçbir şeyde olmasa bile "Orta Çağ skolastizmi"ne duydukları antipatide birleşmiştir. Ancak onların antipatisi, skolastizmin kendisine olduğuna kadar hatta daha da fazla skolastiklerin matematiksel bir açıklama çerçevesi geliştirmekteki başarısızlıklarına yönelmiştir. Alexander Koyré'nin belirttiği üzere Galileo ve on yedinci yüzyılın diğer büyük düşünürleri matematiği bütün doğru bilimsel açıklamalara bir model olarak almışlardır.[77] Ma-

---

[75] Ibid., ss. 234-235. İlliyet kuralları önce tarafların ve tanıkların yemin ettikleri ifadelerine (*positiones*) sonra da yeminler değerlerini yitirirken aşama aşama yeni biçimlere yerini bırakarak tanıklar ve belgelerle ispatlanan iddialara (*articuli*) uygulanmıştır.

[76] Ibid., s. 237.

[77] Alexander Koyre, *From the Closed World to the Infinite Universe* (Baltimore, 1976).

tematik ve matematiğin yasaları, önceki Platoncu Formlar gibi, modern bilimin ideal dilinin kurucusu olmuştur. Skolastik yöntem on dokuzuncu yüzyılda başka açılardan da saldırıya uğramış; inceleme konusunun amaçlarının araştırılmasını verdiği önem kadar bulgularının belirleyicilik değerine verdiği önem de eleştirilmiştir. Öte yandan on ikinci yüzyılın hukukçularının geliştirdiği bilimsel yöntem olmasaydı ne on yedinci yüzyılın ne de on dokuzuncu yüzyılın bilimi mümkün olabilirdi.[78]

[78] Joseph Needham, modern bilimin neden geleneksel Çin'de (ya da Hindistan'da) değil de sadece Avrupa geliştiği sorusuna yanıt ararken bir yandan Babillilerin, Stoacıların ya da Yahudilerin hukuk kavramsallaştırmalarının aşkın bir Tanrı'yı gerektirdiğinin ve insanları ve doğanın kalanını kapsadığının; bir yandan da doğal hukuk ile doğanın beşerî olmayan yasalarının arasındaki keskin ayrımın ancak on altıncı yüzyılın sonlarında yapıldığının önemini vurgulamaktadır (Öte yandan Çinlilerin beşerî olmayan fenomene uygulanabilir bir hukuk kavramları yoktur). Needham, Batı'nın ayrı bir hukuk gövdesine duyduğu inançtaki değişmenin, feodalizmin sonunda ve kapitalizmin başlangıcında mutlakıyetin yükselmesine neden olduğuna atıfta bulunur. Esasında Roger Bacon, on üçüncü yüzyılda "doğanın kanunları" ifadesini bu tezi desteklemek için kullanmıştır. Needham, Bacon'un kavramındaki kritik meselenin "Rönesansta yeni bir siyasi mutlakiyetin ve yenidoğmuş deneysel bilimin [onu] söylemin ilgi odağı haline getirmesine dek keşfedilememiş" olarak kaldığını belirtmektedir. Bkz. Joseph Needham, *The Grand Titration: Science and Society in East and West* (London, 1969), ss. 310-311. Needham'ın açıklaması sadece kısmen doğrudur. Batı'da, on altıncı ve on yedinci yüzyıllarda hem bilimde hem de toplumsal alanda yeni bir şeylerin olduğu şüphesiz gerçektir. Ayrıca fiziki doğanın, insan doğasının törel yasalarından hayli farklı kendine ait yasalarının olduğunun düşünüldüğü de doğrudur. Ancak Bacon'ın -ve ondan önce Grosseteste'nin- maddenin ve ışığın ve doğanın diğer yasalarının olduğuna dair fikrinin "kendi döneminde genel kabul görmediğini" söylemek hayli yanıltıcı olacaktır (ibid, s. 310). Grosseteste ve Bacon'ın teorileri kendi dönemlerinin bilimsel düşüncesinin karakteristik özelliğidir (bkz. dipnot 73). Bunlar, Babilliler, eski Yunanlar ve Yahudiler ile on ikinci yüzyıldan önceki hem Doğu hem de Batı'daki Hıristiyanlar'ınkinden çok farklı bilimsel bir dünya görüşünün parçasıdır. Bu öyle bir bilimsel dünya görüşüdür ki Tanrı'yı dünyadan, geçici olanı sonsuz olandan, (Abelardus'un deyimiyle) "doğal sebepleri" mucizevî olandan (bkz. 2. Bölüm, 24. dipnot) analitik olarak ayırarak her iki alana da uygulanabilir yasaların dizgeleştirilmesine izin vermiştir -aslında bunu gerektirmiştir. Bu ise daha sonraki analitik bölünmeye, dünyada insanın doğadan ayrılmasına ve sonucunda her iki alana da uygulanabilir yasaların dizgeleştirilmesini hem mümkün kılan hem de gerektiren bölünmesine giden yolu açmıştır. Dizgeleştirme yöntemleri temelde benzerdir. Nitekim modern bilimsel düşüncenin izleri de ilkin on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda kilise ile seküler otoritelerin ayrılmasında sürülmeli, sonra on altıncı ve on yedinci yüzyılda yaşanan olaylara (mutlak seküler monarşilerin yükselişi de dâhil olmak üzere) gidilmelidir.

HUKUK BİLİMİNİN DEĞER DAYANAKLARI

Her ne kadar modern Batılı anlamıyla bilim, genellikle metodolojik terimlerle tanımlansa da bilimin tutumlar, kanaatler ve bilimsel çabalarla ilişkili diğer amaçlarla çerçevesinde de tanımlanması gerektiğine dair bir farkındalık oluşmuştur. Bilimsel değerler koduyla[79] söylenirse;

1. Bilim insanlarının araştırmalarını nesnellik ve dürüstlükle yürütmeleri ve kendilerinin ve birbirlerinin çalışmalarını sadece evrensel bilimsel liyakat kurallarını esas alarak değerlendirme yükümlülükleri vardır.

2. Bilim insanlarının şüpheci bir konum almaları ve kendilerinin ve diğerlerinin varsayımlarına ve ulaştıkları sonuçların kesinliğine "organize bir şüphecilikle" yaklaşmaları aynı zamanda geçerli olmadıkları kanıtlanana dek yeni fikirlere açık olmaları ve hata yaptıklarında bunu açıkça kabul etmeye gönüllü olmaları gerekmektedir.

3. Bilim, açık bir sistemdir ve "nihai cevaplardan ziyade gerçeğe yakın tahminleri" araştırır ve "ortodoks kavramsallaştırmalarla" dondurulamaz ancak "akla yakınlık derecesine göre çeşitlenen ve durmadan değişen fikirler kümesidir".[80]

Pek çok insan bir "hukukçu"nun bu üç standardı karşılayabileceğinden hatta karşılayabilme olasılığından büyük olasılıkla şüphe duyacaktır. Hukukçunun tarafsızlığı, dürüstlüğü ve evrenselliği tartışmalı görünür zira hem politik hem de özel taraflar, bir hukukçunun kendilerinin çıkarlarını desteklemesini ve savunmasını bekler. Dahası, eğer bir hukukçu kendi kendinden şüphe ederse, bu şüphelerini ortaya koyabilir; kaldı ki, insanların kimi güçlükleri kabul etmesini sağlamak bir hukukçunun profesyonel sorumluluğudur. Aynı güçlük durmadan değişen fikirler kümesi olarak hukuk bilimi kavramını da ketlemektedir zira bizatihi toplum "hukuk"un bundan daha fazlası olmasını talep ediyor gibi görünmektedir. Son olarak, sadece papalığın otoritesinin ve gücünün değil dogmatizminin de zirvede olduğu dönemde, hukukçuların -hukuk uygulayıcısı değil hukuk âlimi olsalar bile (aslında her ikisi de)- ya da gerçekte, bilginin peşinde

---

[79] Bkz. Adré F. Cournand and Harriet Zuckerman, "The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future", *Studium Generale*, 23 (1970), 941, 945-961. Bu çok değerli çalışmaya ulaşmamı sağladığı için Grace Goodell'e teşekkür borçluyum.

[80] Ibid., s. 945.

koşan herhangi birinin, modern Batı biliminin değerler kodu temelinde tarafsız ve açık fikirli olması inanılmaz görünmektedir.

Bu şüpheler, on ikinci yüzyılda sadece herhangi bir toplumdaki hukuk biliminin değil herhangi bir bilimin bağımsızlığına ilişkin de sorular doğurmuştur.[81] Bilimsel değerler kodu her zaman kırılgandır; her zaman dışarıdan gelen politik ve ideolojik baskılara ve bilim insanlarının kendilerinin önyargılarına ve tarafgirliklerine karşı savunulmalıdır. On ikinci yüzyılda çarpıcı olan kilisenin otoritesini ve gücünü merkezîleştirme hareketinin doruğundayken ve tam da bizatihi dogma ilk kez yasallaşmışken ve sapkınlık suç sayılan itaatsizlik olarak tanımlanmışken,[82] bilimin gelişmesinin bilim insanlarının bilimsel gerçekler söz konusu olduğunda karşı fikirde olabilmeleri özgürlüğüne bağlı olduğu inancı belirdi. Diyalektik akıl yürütmeyle karşıt konumlardan bir senteze ulaşılabileceği ve bu sentezin gerçek inancın güvenilir beyanlarına uygun olacağı varsayılıyordu; bununla beraber diyalektik akıl yürütmenin bilimsel olarak ilerlediği aksi halde bir değerinin olmadığı da varsayılıyordu. Böylece aynı zamanda hem ortodoks olmayan öğretiler, hukuken yasaklanıyor ve itaatsizlikte ısrarcı olan tanrıtanımazlar ölüme mahkûm ediliyor; hem de sadece bilimsel nesnellik, tarafsızlık, organize şüphecilik, hatanın toleransı ve yeni bilimsel gerçeklere açıklık methedilmiyor fakat verili söylemler yeni bilimler biçiminde ortaya çıkıyordu. İki karşıt hareket -otoriteye yönelen ve rasyonaliteye yönelen- aslında birbirleri ile yakından bağlantılıydı.

Hukukçuların bilimsel değerlere bağlı kalma kapasitesine dair şüpheler muhtelif yanlış yorumlara dayanıyordu. Kuşkusuz bir hukukçu bir tarafı ya da davayı savunuyorsa (avukatsa) bir bilim insanı gibi değil taraflı hareket etmelidir. Ne var ki, bu rol karşıt görüşlerin karar vermekle görevli bir mahkemeye sunulduğu hukuki sürecin asli parçasıdır. Aslında hukuki işlemlerin

---

[81] Bkz. Harold J. Berman, "The 'Right to Knowledge' in the Soviet Union", *Columbia Law Review*, 54 (1954).

[82] Bkz. 4. Bölüm. Sapkınlık birinci yüzyıldan itibaren kilise tarafından açıkça suç ilan edilmiş ve çeşitli dönemlerde hem kilise otoriteleri hem de seküler otoriteler tarafından kovuşturulmuştur. Ancak sapkınlık Papalık Devrimi ile Batı kilisesi hukuki bir varlık kazanana dek hukuki nitelikte bir ihlal olarak düşünülmemiştir. Bkz Herbert Grundmann, *Ketzergeschihte des Mittlealters* (Göttingen, 1963). İngilizceye çevrilmiş değerli belgesel kaynaklar için R.I. Moore, *The Birth of Popular Heresy* (London, 1975); Jeffrey B. Russel, *Religious Dissent in the Middle Ages* (New York, 1971).

kendileri, bir anlamda bilimseldir zira ihtilaf, ilgili bütün değerlendirmelerin mahkeme önüne getirilmesini sağlamak üzere planlanmıştır. Bir yargılamada, mahkemenin ihtilaflı kişilerin tarafların lehine sunulan "kanıtlara" dayanarak "tarafsız" karar vermesi beklenmektedir. Ancak yine de ideal olanın gerçekleştiği yargılama, yasama faaliyeti ya da başka herhangi bir hukuki işlemin dahi bilimsel olmayan pek çok özelliği bulunmaktadır. Bir kere bilim insanları sonuca ulaşana dek süresiz olarak bekleyebilecekken mahkeme verili bir zaman sınırı dâhilinde hareket etmek zorundadır. Bunun da ötesinde mahkeme politik bir kurumdur; toplumun baskılarına ve önyargılarına bilim insanlarından beklenecek "mesafe"yi koruyamayacak kadar yakındırlar.

Öte yandan ne hukuk uygulayıcılarının ne de makamların (ister yargı makamı olsun ister yasama ya da idari makam olsun) bilimsel değer kodlarına bağlı olması beklenir; bilimsel değer kodlarına bağlı olması beklenenler hukuk öğreticileri ve hukuk âlimleridir. Ancak onlar da pek çok güçlükle karşılaşır -hatta belki de gündelik siyasi, ekonomik ve toplumsal hayattan daha uzakta kalabilen diğer bilim insanlarının karşılaştıklarından daha büyük güçlüklerle. Yine de aynı sebeple onlar kendilerinin üzerindeki dışarıdan baskıların olduğu kadar kendi tutkularının ve önyargılarının da daha fazla farkındadırlar dolayısıyla da bu baskılara diğerlerinden daha fazla direnebilirler, en azından kendi bilimsel özgürlüklerinin kırılganlığının daha fazla farkındadırlar.

Hukuk bilimi de dâhil bilimsel değerlerin dayanağı, on birinci ve on ikinci yüzyılların skolastik hukukçuları tarafından geliştirilen hukuki sorunların analiz ve sentezine dayanan diyalektik yönteme içkindir. Hukuktaki çelişkilere ve diyalektik problemlere aşırı yoğunlaşma ve onları genellenen hukuki ilke ve kavramlar aracılığıyla uzlaştırma çabası, bir yöntem olarak sadece tam da bilimi karakterize eden değerlere bağlılıkla başarılı olabilirdi: tarafsızlık, dürüstlük, evrensellik, şüphecilik, hatanın tolere edilmesi, alçakgönüllülük, açık fikirlilik ve ek olarak karşıtların bir arada var oluşununun idrak edilebileceği özel bir zaman algısı. Zira hukukun bütününün genel bir amacı, *ratio*'su olduğuna inanılıyordu ve paradoksların en nihayetinde çözüleceğine dair sorgusuz sualsiz bir kabul vardı; bu arada hukukçular sabırla paradoksların yol açtığı belirsizliklerin üstesinden geliyordu.

Bilimin "değer kaynağına" gelince; bilimin, Batı uygarlığında

en azından herhangi başka bir kültürde olduğundan daha fazla yeşerdiği (çok fazla yeşerdiği de denilebilir) gerçeği görmezden gelinemez; bilimsel araştırmayı karakterize eden tarafsızlık, şüphecilik, açıklık ve rasyonalizmin genel ruhu, kutsal ile dindışı olan arasındaki karmaşık ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bir yandan örneğin Cermen halklarında ya da Doğu Hıristiyanlığı'nda olduğu gibi her şeyin kutsal olduğuna ya da potansiyel olarak kutsal olduğuna duyulan inanç; tarafsız, şüpheci, açık ve rasyonel araştırmayı engelliyordu. Bu nedenle Batılı ilk bilimlerin dinî ve seküler yönetimlerin ayrıldığı sırada ortaya çıkması tesadüf değildi. Öte yandansa bunlar seküler alanda değil, mutlak olarak önce dinî alanda -kanon hukukunda ve teolojide- ortaya çıktı. On birinci ve on ikinci yüzyılın Batılı teologları; Anselmus, Abelardus ve diğerleri, kutsal gizemleri sistematik, rasyonel ve hatta şüpheci bir incelemeye tabi kılmakta tereddüt etmediler. Anselmus inancın ya da vahyin yardımı olmaksızın "yalnızca akıl aracılığıyla" sadece Tanrı'nın varlığını değil İsa'nın dirilmesinin gerekliliğini de kanıtlamanın yollarını aradı. Abelardus kutsal yazmalardaki çelişkileri ifşa etti -ki, bu İncil'in bilimsel eleştirisine giden ilk adımdı. Benzer biçimde kanon hukukçuları kilise kanonlarındaki çelişkileri açıkça incelemişlerdir. Yürürlükteki hukukun nesnel analiziyle, papanın, İsa'nın vekilinin dahi kâfir olması ya da kilise için skandal olabilecek bir suçtan hüküm giymesi durumunda tahtından indirilebileceği sonucuna ulaştılar.

Bilimsel değerlerin doğmasına sebep olan gelişmelerin; dinî inançları riske atmadan sorgulamanın mümkün olmadığı bir hayat; seküler, geçici, maddi olan yaşam alanları değil de daha ziyade kutsal olana yönelik yeni tutumların olduğu sonucuna ulaşmak kaçınılmaz görünmektedir. Kilise, hâlâ "İsa'nın gizemli bedeni" olarak anlaşılsa da aynı zamanda görünür, yasal, tüzel bir kişilik olarak düşünülmektedir ve dünyayı yeniden düzenleme görevi vardır. Öte dünya işleri meşguliyeti anlamındaki kutsallık anlayışına yapılan vurgu; dönemin politik, ekonomik ve toplumsal hayatında somutlaşarak tezahür eden kutsallık anlayışıyla yer değiştirmiştir. Bu durum, kutsal ve ruhani olanı bilimsel değerler çerçevesinde araştırmayı gerekli kılmıştır. Ancak Tanrı ve Tanrı'nın yasaları tarafsız olarak incelendiğinde seküler hayatı, yasaları ve sonunda doğayı ve doğanın yasalarını tarafsız olarak inceleyebilmek mümkün hale gelmiştir.

Yine de kilisenin teolojisinde ve kanon hukukunda kutsal

olanla olmayan arasında belirgin bir gerilim mevcuttu, bu gerilim bilimin diğer dallarında vardı ve kaçınılmaz olarak bilimsel değerlere kaynaklık etmesine sert kısıtlamalar getiriyordu. Resmî dogmadan sapan bilim insanlarına karşı alınan baskıcı önlemleri hatırlamak çok da gerekli değildir. Gerçek bir düşünür, yenilikçi lanetlenme riskini göze alır; sapkın idam edilebilir. Küçük de olsa rahatlatıcı olan Batı'da bilimin ilk defa gelişmesini tam da böylesi bir baskıya neden olan gerilimin mümkün kılmış olmasıdır.

HUKUK BİLİMİNİN SOSYOLOJİK ÖLÇÜTÜ

Batılı anlamında bir bilim, metodolojisine ve değer konusundaki öncüllerine ek olarak sosyolojik ölçüte göre de tanımlanmalıdır. Bilimin var oluşundan ayrılamaz olduğu kadar, onun özelliklerini biçimlendiren bazı ön koşullar vardır. Bunlar (1) Genellikle çeşitli disiplinlerle eşzamanlı her birinin bir araştırma yürütmekle ve yeni gelenleri yetiştirmekle, bilimsel bilgiyi paylaşmakla ve bilimsel başarıları ilgili disiplin dâhilinde ve dışında belgelemekle kolektif olarak sorumlu olduğu bilimsel toplulukların oluşturulması,[83] (2) Çeşitli bilimsel disiplinlerin daha geniş bilimsel topluluklarda ve özellikle üyelerinin eğitimin ilerlemesi ve gençlerin yetiştirilmesi kaygısında ortaklaştıkları ve bilginin bütün dallarının nihayetinde aynı kaynaklara dayandığına dair örtük bir varsayımın hâkim olduğu üniversitelerde birleştirilmesi (3) Bilim insanları topluluklarının; bilimin kendisi, yöntemleri, değerleri ve toplumsal işlevleri uğruna çalışma sorumlulukları ile orantılı geniş araştırma ve öğretme özgürlüklerini de kapsayan ayrıcalıklı toplumsal statüsü şeklinde ifade edilebilir.

On ikinci yüzyıldaki bilim kolektif bir girişimdi -ki, hâlâ öyledir- ve hukuk âlimleri, nadiren ciddi biçimde karşı karşıya gelen ama genelde benzer kaygıları ve çıkarları paylaşan bir topluluk oluşturmuştu -ki, hâlâ öyledir. Hukuk âlimleri aynı zamanda belki nispeten daha az belirgin olmakla birlikte her bir üyesinin kamusal bir sorumluluk taşıdığı ve disiplinlerini ilerletmeyi kendi yarar ve çıkarlarının üstünde tutmayı taahhüt ettikleri bir meslek oluşturmuşlardı, hâlâ öyledir. Batı'nın tarihsel deneyiminin herkesçe bilinen bu gerçekleri ne zaman ve nerede ortaya çıkmış olurlarsa olsun bütün bilimlere uygulanabilir. Ancak on ikinci

---

[83] Robert K. Merton, "Science and the Democratic Social Structure", *Social Theory and Social Structure,* (1942; reprint ed., New York, 1957), ss. 550-561.

yüzyıldan itibaren hukuk bilimi dahil Batı biliminin karakteristiği üniversite kurumu ile olan yakın tarihsel bağlantıdır; bilim üniversitede doğdu ve üniversite, bilime, istikrarsız araştırma ve öğretme özgürlüğü mirasını ihsan etti.

Modern Batılı bilimsel kavram ve yöntemlerin neden on birinci yüzyılın sonlarında on ikinci yüzyılın başlarında ortaya çıktığı sorusunun anahtar yanıtlarından birisi buradadır. Çünkü üniversiteler o zaman ortaya çıkmıştır. Bu, soruyu basitçe bir adım geriye çekmek gibi görünebilir ama daha fazlasıdır: Bu cevap soruyu düşünce tarihi alanından sosyal tarihe taşımaktır. Modern Batılı anlamıyla bilimi karakterize eden yöntem ve değerler, Platoncu ya da Hegelci bağlamda yayılan düşünceler üzerinden açıklanamaz; bunlar sosyal ihtiyaçlara verilen sosyal cevaplardır. 1150 yılında Avrupa'nın her yerinden muhtemelen on bin kadar öğrencinin neden Kuzey İtalya'nın bir kenti olan Bologna'da hukuk okumak üzere bulundukları sorusunun yanıtı, Aristoteles'in eserlerinin tercüme edilmiş olmasından daha fazlasıdır.[84] Öğrenciler oradaydı çünkü toplum onların orada olmasını mümkün kılmıştır; aslında zorunlu kılmıştır; daha önemlisi aynı toplumsal koşullar, öğrencilerin okumak için orada bulundukları hukuk biliminin doğasının belirlenmesinde kaçınılmaz olarak önemli bir rol oynamıştır.

Skolastik diyalektik ve sonucunda hukuk bilimi dâhil modern bilim, on birinci yüzyılın sonlarından ve on ikinci yüzyılın başlarında Batı Avrupalı toplumların tarihsel durumlarındaki çelişkilerden ve bu çelişkileri gidermeye ve yeni bir senteze ulaşmaya yönelik yoğun çabalardan doğmuştur. Hepsinden öte kilisenin ve seküler otoritelerin yargı yetkilerini ayıran devrimci altüst oluştan doğmuştur ve böylece toplumsal hayatın hemen bütün alanlarındaki karşıtlıkların uzlaştırılmasını şiddetli bir zorunluluk haline getirmiştir. Batı Avrupa'da eğitimli hukukçular, -önce

[84] Düşünce tarihçileri bazen şeyleri tam aksi yöne döndürür. Bkz. *A Scholastic Miscellany: Ansalm to Ockham*, ed. and trans. Eugene R. Fairweather (New York, 1956): "Aslında bütün Orta Çağ düşünce tarihi Aristoteles'in yeniden keşfi bakımından düzenlenebilir". Gerçekten de hem yeni teolojinin hem de yeni hukuk biliminin kurucu babalarının, özellikle Abelardus ve Gratianus'un önemli çalışmaları, Aristoteles'in mantık üzerine yaptığı büyük çalışmaların çevirilerine erken bir tarih atmaktı. Bu Aristoteles'in çalışmalarının, altıncı yüzyılda Boethius tarafından nakledildiği haliyle önemsiz olduğu anlamına gelmez. Ancak şu soru önemini korur; neden birden yeni bir önem arz ettiler? Neden aniden Aristoteles'in mantık üzerine yaptığı çalışmalarının çevrilmesi ihtiyacı baş gösterdi.

kilisede, sonra şehirlerde ve krallıklarda- kilisenin kendi içindeki, seküler otoritelerle arasındaki ve seküler otoritelerin kendi aralarındaki şiddetli çatışmaların uzlaştırılması ihtiyacına bir cevap olarak ortaya çıkmıştır. Önce üniversitelerde biçimlenen hukuk mesleği yasaların bilimini ortaya çıkarmış; öyle ki, hukukçular hukukun varlık sebebi olduğu bir topluluk meydana getirmişlerdir. Hukuk, Batı Avrupa'daki sosyal ve tarihsel durumun çelişkilerini; mevcut durum ile önceden var olan hukuki otoriteler arasındaki çatışmaları hukuk bilimi aracılığıyla çözerek uzlaştırmaya hizmet etmiştir. Hukuk bilimi ilk olarak temel hukuk metinleri arasındaki çatışmaları çözme sürecinin kurumsallaşmasıdır.

Müslüman ve Yahudi kültür adalarının Hıristiyan dünyasının ortasında bulunması, çatışmaların analizine ve sentezinde diyalektik yönteme duyulan ihtiyaç kadar toplumsal çatışmalarının hukuki çözümüne duyulan ihtiyacı da doğurmuştur. Ne var ki, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda yani Batılı hukuk sistemlerinin oluşum döneminde, ne Müslüman ne de Yahudi kültürünün bu sistemlerin gelişimine doğrudan bir etkisi olmuş gibi görünmektedir ki, bu şaşırtıcıdır. Oysa bu erken dönemde bile astronomi, matematik, tıp ile muhtemelen bazı spesifik yönetim kurumlar ve uygulamalarını üzerinde (özellikle Sicilya'daki Norman Krallığı'nda) doğrudan Araplar'ın; İncil çalışmalarında ve teolojide ise Yahudiliğin doğrudan önemli bir etkisi bulunmaktadır. Kuşkusuz Yahudiliğin Hıristiyanlık üzerindeki tarihsel etkisi muazzamdır zira Kilise İbrahim'in kendilerinin kurucusu olduğunu ve Yahudilerin kutsal kitabının da onun mirası olduğunu iddia etmektedir. Yine de çalışmaların ortaya çıkardığı kadarıyla ne Talmud'un ne de Kuran'ın Batı'nın ilk büyük yasakoyucuları ve hukukçuları üzerinde herhangi bir etkisi varmış gibi görünmektedir.[85]

---

[85] Avrupalı Yahudiler, on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılda Avrupa'da zamandan zamana ve mekândan mekâna farklılık gösteren koşullar altında yaşadılar. Kimi yerlerde ve zamanlarda korkunç zulüm gördüler ve resmî sürgünlere maruz kaldılar. Kimi başka yerlerde ise komşularıyla huzur içinde yaşadılar, gönendiler ve hatta politik nüfuzları oldu. Bu dönemler boyunca Yahudiler, kendi hukuklarını ve mahkemelerini korudular ama aynı zamanda krallığın hukukuna da tabi oldular. Yahudiler sıklıkla krallığın barış hükümleri ve kentlerin özgürlük şartlarında [anlaşma] korundular.

Her ne kadar Yahudi hukukunun Batı hukuku üzerindeki doğrudan etkisi belirlenemese de Yahudiler dönemin genel entelektüel iklimine katkıda bulundular. Bu,

iki yolla gerçekleşti. Birincisi, Yahudi düşüncesinin doğrudan etkisi vardı; özellikle de Kuzey Fransa'da Rashi'nin (1040-1105) etrafında oluşan rasyonel okul ile bir yüzyıl sonra Moses Maimonides'in (1135-1204) yazmaları kadar Yahudi düşünürlerin başvurduğu ve Halakah'ta mevcut alegorik akıl yürütme geleneği etkisiydi. Beryl Smalley'nin işaret ettiği üzere, Rashi'nin on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarındaki çeşitli düşünürlerin üzerindeki etkisi kolaylıkla anlaşılabilir. Hem Aquino'lu Thomas (1225-1274) hem de Albertus Magnus (1200-1280) Maimonides'ten etkilenmişlerdir. Bkz. Beryl Smalley, *The Study of the Bible in teh Middle Ages* (Notre Name, 1978), öz. ss. 149-172. Rashi ve Maimonides'in etkileri için ayrıca bkz. Wolfgang Kluxel, "Die Geschichte des Maimonides im latenischen Abendland als Beispiel eines christlichjüdischen Begegnung", in *Judentum im Mittlealter, Miscellanea Mediaevalia,* IV (Berlin, 1966).
Yahudilerin dönemin genel entelektüel iklimine etkilerinin ikinci biçimi hemen göze çarpmıyordu. Hıristiyan âlimler Eski Ahit'e dair öğretilerini berraklaştırmak için Yahudi entelektüellerle iletişim kurdukça Yahudilerin sözcükleri ve ifadeleri farklı tercüme ettiklerini ve pasajları tümüyle farklı yorumladıklarını fark ettiler. Bu durum da Hıristiyanlar'ı kaynaklarını ve argümanlarını yeniden gözden geçirmeye ve Yahudilerin bilgi ve değerlendirmelerine karşı açıklamalar bulmaya sevk etti. Smalley, *The Study of the Bible,* ss. 364-365. Bu bağlamda Robert Chesler, "bizatihi farklı entelektüel geleneklerin bir arada var olmasının, Avrupa Hıristiyanlar'ını başka türlü mümkün olmayacak biçimde zaafları ile yüzleşmeye ve coşkulu fikirlere" yönelttiğini belirtmektedir.
Bununla birlikte ne Yahudi düşüncesi ne de Yahudi hukuku Batı'nın hukuk sistemleri üzerinde esaslı bir etkide bulunmuş gibi görünmektedir, en azından bugüne ulaşan literatürün gösterdiği kadarıyla. Bu hususta "Yahudi hukukunda bilinen Hıristiyanlar'ın davaları öğrenilmeye başlamıştı". L. Rabinowitz, *The Social Life of Jews in Northern France in the XII-XIV Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period* (London, 1938)'den aktaran Smalley, s. 157, n.2. Ne var ki, Rabinowitz aslında tek bir örnek vermişti, o da Yahudiliğe dönen ve bu esnada Yahudi hukuku çalışan bir Hıristiyana dairdi.
Avrupa hukuk sistemleri üzerinde Yahudi düşüncesinin ve hukukunun etkisinin olmamasının en temel nedenlerinden birisi Yahudilikte ruhani ve seküler hukuk arasında bir ayrım yapılmaması olabilir. Zira on ikinci yüzyılın Yahudileri için Yahudi hukukunun bütün bölümlerinin kökeni Tanrı'nın kutsal sözü olarak İncil'de ve ilahi iradenin seçilmiş halkı olarak Yahudi topluluğunun karakterindeydi. Ayrıca Talmud'un sert ve ayrıntılı öğretisi Yahudi hukukunun, hukuki ilkeleri dizgeleştirmeyi önemseyen Batı hukuk düşüncesine yabancı kalmasına neden olmuştur.
Belki benzer sebeplerle on birinci ve on ikinci yüzyıllarda İslam'ın da Batı hukuku üzerindeki etkisi önemsizdir. Zira Avrupalılar İslam uygarlığı ile ilgilenirken o dönemde çalışmalarını, astroloji, matematik ve tıpla sınırlı tutmuşlardır. Bir örnek vermek gerekirse, on birinci yüzyılın sonlarında Apulia [Puglia] Kontu Robert Guiscard'ın hizmetkârı ve Tunuslu bir Hıristiyan olan Constantinus Africanus tıp eserlerini Arapçadan Latinceye tercüme etmiş ve Salerno Üniversitesinde sunmuştur. Arap felsefesinin Aquino'lu Thomas ve Roger Bacon gibi teologlar üzerinde etkili olması ise daha sonra, ancak Avrupa hukukunun ana yönelimlerin belirlendiği on üçüncü yüzyılın sonlarındadır. Bkz. Johann Fueck, *Die arabischen Studien in Europa, bis in den Afgang des 20. Jahrunderts* (Leipzig, 1955); R.W. Southern, *Western*

Batı hukuk biliminin oluşum aşamasındaki, özellikle üniversitelerin etkisi altında kaldıkları dönemdeki temel sosyal nitelikleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Her şeyden evvel, üniversiteler modern Batı bilimine ulusaşan karakterini kazandırdılar. David Knowles'in söylediği gibi "1050'den 1350'ye kadar üç yüz yıl boyunca ve hepsinden öte 1070 ile 1170 arasındaki yüz yılda eğitimli Avrupa'nın tamamı tek bir farklılaşmamış kültürel birlik oluşturuyordu. Edinburg ile Palermo, Mainz ya da Lund ile Toledo arasındaki topraklarda herhangi bir köyde veya kentte yaşayan biri, eğitim almak için kuzeyden güneye doğudan batıya herhangi bir okula gidebilir ve herhangi bir kilisede, mahkemede veya (oradaki) üniversitede bir memur ya da papaz olabilirdi. Bu çağ, Pavia, Bec ve Canterbury'li Lanfranc'ın [Fatih William'ın başdanışmanı ve Canterbury başpiskoposuydu]; Canterbury, Bec ve Aosta'lı Anselmus'un [Anselmus, Fatih William'ın haleflerinin yanında eski öğretmeni Lanfranc'ı izledi]; Lombardiya, Canterbury, Oxford ve York'lu Vacarius'un [ünlü Roma hukuku profesörü]; Chartres, Canterbury, Benevento, Paris ve Salisbury'li John'un [kralların, başpiskoposların ve papaların samimi arkadaşlarından ve danışmanlarından birisi ve 'döneminin en başarılı âlimlerinden ve çağa yön verenlerinden biri']; ... Roma, İskandinavya, Fransa ve St. Alban'lı Nicholas Brakespeare'nın [daha sonra Papa IV. Hadrian

---

Views of Islam in the Middle Ages (Cambridge, Mass.); F. Wuestenfeld, *Die Uebersetzungen arabisher* Werke in das Latenische seit dem XI Jahrhundert *(Göttingen, 1877).*

Bunların bir istisnası, Cluny Başpapazı Muhterem Peter'dır [Muhterem Pierre]. Peter, Castille ve Aragon arasındaki bir ihtilafı çözmek için İberya'ya seyahat ettiğinde, orada Arapların astroloji çalışmalarını bilen iki kişiyle karşılaşmıştır. Bu kişiler Peter'la birlikte Cluny'ye dönmüş, içlerinden birisi pek çok boşluk ve hata barındırsa da Kur'an'ı Latinceye tercüme etmiş, diğeri ise Muhammed'in öğretileri üzerine ilmi bir eseri Latinceye çevirmiştir. Peter, bu çevirileri Clairvauxlu Bernard'a yollamış ancak onun çabaları Kur'an üzerine daha çok çalışılmasını sağlayamamıştır. R.W. Southern'in yazdığı üzere, Kur'an'ın çevrilmesi, "bir başlangıç olmaktan ziyade bir sondur. Zira Muhterem Peter'ın çağdaşları ya da halefleri, İslam'ın üzerinde ciddi biçimde çalışılmasını salık vermemiştir". Southern, *Wetsern Views*, ss. 33-37.

Arap felsefesinin, Batı'da genel olarak ulaşılabilir ve bilinebilir olması ile âlimler üzerinde etkili olması ancak bir sonraki yüzyılda; Raymundus Martini ve Ramon Lull gibi Arapça uzmanlarının çalışmaları sayesinde mümkün olmuştur. O zaman bile Batı hukuk sistemleri İslami düşünceden etkilenmeden kalmıştır. Bkz. Deno J. Geanakoplos, *Medieval Western Civilization and the Byzantine and Islamic Worlds* (Lexington, Mass., 1979), s. 159.

olan İngiliz köylü]; Napoli, Paris, Köln ve Aquina'lı Thomas'ın çağıydı. ... Bu dönemde, en tanınmış yazar, düşünür ve yöneticilerin büyük bir oranı ünlerini ve çalışmalarındaki başarılarını doğdukları ve çocukluklarının geçtiği topraklardan çok uzakta kazanmıştır. Dahası pek çoğunun eserlerinde, nereden kaynaklandığını anlayabileceğimiz belirleyici nitelikte tek bir dil, biçim ya da düşünce yoktur. Sadece çoğunlukla toprak sahibi aristokrasiden oluşan ama genellikle pek çok monarkın hatta piskoposun dahi ait olmadığı eğitimli küçük bir azınlıktan söz ettiğimiz doğrudur. Kilise ve devlet sıklıkla hizipleşmeden ve savaşlardan kazanç elde ederken nüfusun büyük çoğunluğu toprağa sımsıkı yerleşmişti ve kendi sınırlarının dışındaki arazilere ve ormanlara dair bir şey bilmiyordu. Ancak düşünce ve literatürdeki sözcük dağarcığı ve düşünme biçimi aynı kaynaklardan besleniyordu ve paylaşılıyordu. Dolayısıyla dönemin eserlerini yazarlarının adlarını belirtmeden alırsak, o eserlerin hangi ülkeye ya da halka ait olduğunu belirleyebilmemiz mümkün değildir".[86]

Knowles dönemi bilimi için geçerli olan bu ifadeler, aynı biçimde kanon hukuku ve Roma hukuku alanlarında hukuk bilimine de aynen uygulanabilir. Bunlar ulusal sınırları olmayan disiplinlerdi ve üniversitelerde Avrupa'nın her yerinden gelen hukuk öğrencilerine öğretiliyordu. Elbette hepsi sadece hukukta değil öğretimde ve bilimde olduğu kadar ibadet ve teolojide de evrensel Batı dili olan Latinceyi konuşuyordu.

İkinci olarak, Avrupa üniversiteleri, hukuk bilimine ulus-aşan bir karakter kazandırmanın yanı sıra bizatihi hukukun kendisine ulus-aşan bir terminoloji ve yöntem de kazandırmıştır. Üniversitelerin hukuk okullarından mezun olan öğrenciler, kendi ülkelerine ya da başka ülkelere giderek kilisenin yargıçları veya lâik yargıçlar olmuşlar; kilise, kraliyet ve kent otoritelerinin, malikânelerin lordlarının ve diğer yönetim birimlerinin hukuk uygulayıcıları ve danışmanları olarak hizmet etmişlerdir. Kanon hukukuyla meşgul oldukları müddetçe üniversite eğitimlerinden doğrudan yararlanabiliyorlardı; seküler hukukla meşgul oldukları sürece ise kanon ve Roma hukukunun terminolojisini ve yöntemini seküler hukuka uyguluyorlardı.

Üçüncüsü, Avrupa üniversitelerinde öğretilen hukuki yöntem, önceden beridir var olan farklı ve çatışmalı gelenek ve yasa-

[86] Knowles, *Evolution*, ss. 80-81.

ların dışında bir hukuk sistemi inşa edilmesini mümkün kılmıştı. Çatışmaları uyumlaştırma tekniği ve buna eşlik eden ideal bir hukuk gövdesine ve bütünleşik hukuki ilkelere duyulan inanç, kanon hukukunu ve sonrasında kent hukukunu, merkantilist hukuku ve kraliyet hukukunu sentezlemenin yolunu açmıştı.

Dördüncüsü, üniversiteler, âlimlerin -bilim insanlarının- hukuku biçimlendirmedeki rollerini güçlendirmiştir. Hukuk öncelikle eski yazmalarda yer alıyordu ve bu nedenle bu metinlerde yer alan gizemleri öğrenmek isteyenlere bunları açıklayabilecek eğitimli insanlara ihtiyaç duyuluyordu. Doktorlar, yani üniversite öğretmenleri "gerçek kuralı" açıklayan yetkin yorumcular haline gelmişti. Bu da hukuk bilimine, çatışmaların üstesinden gelmelerini sağlayan bir evrensellik kazandırmıştır.

Beşincisi, hukukun ve diğer üniversite disiplinlerinin -özellikle teoloji, tıp ve temel bilimlerin- yan yana bulunması aynı zamanda hukuk çalışmalarına aksi halde eksik kalacak bir düşünce genişliği kazandırmıştır. Bütün disiplinlerde ve özellikle inceleme konusu örtüşen disiplinlerin tamamında skolastik yönteme başvurulmuştur. Bu nedenle bir hukuk öğrencisi mesleğinin, kendisinin entelektüel hayatının ayrılmaz bir parçası olduğunu bilmezlik edemezdi.

Altıncısı, her ne kadar hukuk diğer üniversite disiplinleri ile bağlantılı olsa da aynı zamanda ayrı ve farklıydı; hukuk artık daha önce üniversitelerin yükselişinden evvel önce olduğu gibi bir yandan retoriğin öte yandan etik ve siyaset biliminin bir dalı değildi. Roma İmparatorluğu döneminde hukuki düşüncenin özerkliği uygulayıcılar, özellikle *praetor*'lar ve profesyonel danışmanlar tarafından korunurken Batı Avrupa'da bu özerklik üniversiteler tarafından korunmuştur.

Yedincisi, hukukun bir üniversite disiplini olarak öğretilmesi hukuki öğretilerin kaçınılmaz olarak genel doğruların ışığında değerlendirilmesini ve eleştirilmesini ve sadece bir sanat ya da teknik olarak çalışılmamasını sağlamıştır. Üniversiteler bir kenara bırakılırsa, kilise bile uzun süredir beşerî yasaların ilahi hukuka ve ahlak kurallarına göre sınanması ve muhakeme edilmesi gerektiğini öğretiyordu. Ancak üniversite hukukçuları, mevcut hukuki kuralların ve kurumların eleştirilmesi ve değerlendirilmesine dayanak olabilecek hukuki ilke ve standartları sağlayan ideal bir beşerî hukuk kavramını; -İncil, kilise babalarının yazmaları, kilise konsüllerinin ve papaların kararları ve diğer kutsal

metinlerle birlikte- Iustinianus'un Roma hukuku kitaplarını eklemişlerdir. Bunlar geçmişin eserlerine ilham vermiştir ve herhangi bir yasakoyucunun söyleyebileceği ya da yapabileceği hiçbir şey hukukiliğin nihai ölçütünü belirleyemezdi.

Sekizincisi, Batı üniversiteleri hukukun analizini; hukuki kurumları kavramsallaştırarak ve hukuku bütünleşik bir bilgi kümesi olarak dizgeleştirerek on ikinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla dek sözcüğün anlaşıldığı biçimiyle bir bilim seviyesine yükseltmiş ve böylece hukuk kurallarının geçerliliği onların bir bütün olarak sistemle tutarlı olup olmadıklarıyla gösterilebilmiştir.

Dokuzuncusu, üniversiteler; birbirlerine ortak bir eğitimle bağlı ve kilisenin ve imparatorların, kralların, kentlerin, malikânelerin, tacirlerin ve diğer loncaların seküler dünyasının hukuki faaliyetlerine yön vermek amacında ortaklaştıkları profesyonel hukukçular sınıfını yaratmıştır. Hukuk öğrencileri kendi başlarına, en azından başlangıçta, bir birlik ve lonca oluşturmuşlar ve her ne kadar mezuniyet sonrasında pek çok ülkeye yayılmış olsalar da aralarındaki ortak eğitim ve amaçtan doğan bağı gayrıresmi olarak sürdürmüşlerdir.

On dördüncü yüzyılda İngiltere'de Oxford ve Cambridge Üniversiteleri'nin hukuk okullarının yanı sıra *Inns of Court*'larda[87] farklı bir eğitim modeli geliştirildiği doğrudur. Bununla beraber İngiltere'de de bütün Avrupa'da olduğu gibi üniversitelerde on ikinci yüzyılda kurulan hukuk öğretimi sistemi hukuk düşüncesi üzerinde derin bir etkiye sahiptir. Modern zamanlarda milliyetçiliğin doğuşunun modern Batılı hukuk eğitiminin ulus-aşan karakterinde gedikler açtığı da doğrudur ve buna bağlı olarak hukuk ile diğer üniversite disiplinleri arasındaki bağlar zayıflamıştır. Yine Bologna geleneğinden skolastik diyalektikten bir şeyler dokuz yüz yıl sonra bile ayakta kalmıştır -Amerika'daki hukuk okullarında bile. Gerçekte bunlar dünyanın her yerine yayılmıştır. Ancak on ikinci yüzyılın son yarısında bunlara ciddi olarak meydan okunabilmiştir.

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında Batı'da ortaya çıkan yeni hukuk yöntemi -mantığı, konuları,

---

[87] Londra'da bulunan ve Orta Çağ'dan bu yana hukuk eğitimiyle uğraşan *Lincoln's Inn, Gray's Inn, Inner Temple* ve *Middle Temple* adlı kuruluşların oluşturduğu topluluktur. Avukatlık yapmak için başvuranların baroya alınıp alınmayacağına karar verme yetkisi bu kuruluşların yönetim kurullarındadır -ç.n.

akıl yürütme biçimi, genelleme aşamaları, tümellerle tikeller arasındaki ilişkili teknikler, davalar ve kavramlar- hukukun bilinçli olarak özerk bir bilim olarak dizgeleştirilmesinin asli parçasıdır. Bu aynı zamanda Papalık Devrimi'nden sonra ortaya çıkan yeni yönetimlerin; yeni kilise-devleti, belirmekte olan seküler krallıklar, imtiyazlı kentler ve kasabalar, yenice dizgeleştirilen feodal ve manoryal ilişkiler ile yerel-aşan tacir topluluklarının özerk hukuk sistemlerinin yaratılmasının da asli bir parçasıydı. Çatışan temel hukuk metinleri ve bu atışmaların genel ilkeler ve kavramlar aracılığıyla uzlaştırılması üzerindeki vurgu, toplumsal yapıda bir arada ve rekabet halinde bulunan keskin biçimde çatışan unsurların uzlaştırılması ihtiyacına verilen yaratıcı bir entelektüel cevaptı. Çatışan bütün unsurların (dinî ve seküler, feodal ve kentsel, kentsel ve lonca birlikleri unsurları) meşruluğunun tanınması ve yine bütün toplumun yapısal birliğinin tanınması (Avrupa, Batı, Batı Hıristiyanlığı), bunların parçalarının hakiki bir sentezini bulmak; başka deyişle bunları inşa eden unsurların özerkliğine zarar vermeden boşlukların ve çatışmaların üstesinden gelmenin bir yolunu bulmak, o zamanın devrimci meydan okumasıydı. Bu meydan okuma hukuk biliminde yorumcular ile kanoncuların karşılaştığı meydan okumaydı; tıpkı hukuk biliminin yardımıyla yeni hukuk sistemlerinin geliştirilmesi sürecinde karşılaşılan meydan okuma gibi.[88]

Aynı sebeple, Batı hukuk bilimi entelektüel bir başarıdan daha fazlasıydı -akıl yürütme yöntemi ve düşünceyi düzenleme yönteminden daha fazlasıydı. Ölçütü entelektüel olduğu kadar,

[88] Roberto Unger, Avrupa tarihinde hukuk kavramının özerk bir sistem olarak ortaya çıkışının aşkın bir teoloji anlayışıyla, grup çoğulculuğuna duyulan inançla ve liberal seküler devlet fikrinin ortaya çıkışıyla çakıştığını belirtmektedir. Bkz. Roberto Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1966), ss. 66-76, 83-86, 176-181. Unger'in analizi ile burada yapılan açıklamalar arasında çarpıcı paralellikler bulunmaktadır; her ne kadar onun daha felsefi, burada ise daha tarihsel olan yaklaşımlar arasında çarpıcı zıtlıklar bulunsa da! Ne var ki Unger, Batılı özerk hukuk sistemlerinin başlangıcını on yedinci yüzyıldan başlatarak ve bunu pozitivist siyasi ve hukuki teoriyle ilişkilendirerek; kilisenin hukuki ve siyasi yapısına, devlet ile kilise arasındaki ilişkiye, on birinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıla dek Batı'nın hukuki ve siyasi düşünce hayatında merkezi yer tutan ve liberalizm ve sosyalizm gibi Batılı seküler dinleri kılık değiştirerek de olsa hâlâ meşgul eden meselelere dair hayati soruları sormaktan kaçınmıştır. Bkz. Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York, 1974).

töreldi. Form, maddi değerleri ve politikaları ifade ediyordu.[89] Çatışan hukuk kurallarının uzlaştırılması, daha geniş bir çabanın, katı hukuk ile hakkaniyetin, adalet ile merhametin ve eşitlik

---

[89] Hukuki düşüncede biçim ve özün [şekil ve içerik] karşılıklı bağımlılığına olan benzeri bir inanış, ama her birinin doğasına ilişkin farklı bir bakış açısı için bkz. Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudications", *Harvard Law Review*, 89 (1976), 1685. Profesör Kennedy, çağdaş Amerikan özel hukuk yargılamasında hukukun bütün *biçim*lerinin iki zıt kategoriye denk düştüğünü ileri sürmektedir. Görece dar ve özgün ve objektif ve genel olması beklenen "kurallar" ile adillik, makullük, kanunilik gibi görece daha geniş ve kişilerle ve durumlarla ad hoc baş etmeyi mümkün kılan "ilkeler". Profesör Kennedy, daha ileri giderek hukukun bütün *esas (tözsel) amaçları*nın da iki zıt kategoriye ayrıldığını ileri sürmektedir. Özçıkar, tarafların özerkliği ve karşılıklılık çerçevesinden tanımladığı "bireyselcilik" ile paylaşma, özveri toplumsal ilgi olarak tanımladığı "altürizm [özgecilik]". Bu çemberi tamamlamak için Kennedy, kural biçiminde beliren hukuki argüman tercihinin hukukun bireyselci amacı ile ilişkili olduğunu; ilkeler biçiminde paylaşılan hukuki argümanların hukukun altürist (özgeci) amacı ile ilişkili olduğunu iddia etmektedir. Burada bir örtüşme mevcut demektedir Kennedy (s. 1776) ancak "daha derinde... bireyselci/formalist olanla altürist/informalist olan açıkça evrenin çatışan tasavvurları üzerinden işlemektedir". Bu analiz, çatışan kuralların ve ilkelerin (öğreti, kavram ve analojiler gibi çatışan diğer hukuki ifade biçimlerinde olduğu gibi) nihayetinde hukuk sistemi içinde uzlaştırılacağına ilişkin geleneksel Batı hukuk anlayışında sert bir kırılmayı temsil etmektedir. Benzer biçimde hukukun çatışan amaçlarının da; sadece bireyselcilik ve özgecilik değil diğer uç değerler arasındaki çatışmaların da (çoğulluk-birlik, değişim-istikrar, eşitlik-özgürlük gibi) hukuk sisteminin değerleri bünyesinde çözümlenebileceğine ilişkin geleneksel batı inanışında da bir kırılmadır. Daha önemlisi, bu, geleneksel Batılı hukuk düşüncesinde hukukun özgül bir biçiminde belirlenen özgül bir amacının soyut değil ancak tarihsel bağlamda yanıtlanabileceğine dair bir koyutlamadır da. Profesör Kennedy'nin yüklediği anlamlar açısından bakıldığında kimi toplumlarda (örneğin komünist toplumlarda) ve kimi bölgelerde hatta özel hukuk sayılan alanlarda (örneğin topluluğun mülkiyet hakkı), kurallar daha altürist ve ilkeler daha bireyselci olabilir.

Bu analizin çerçevesini, kendileri de sonra tek bir dilemaya indirgenecek olan bir dizi düalizme indirgeyerek Profesör Kennedy, hukuk kurallarına ve hukuki ilkelere dayanan kararların "adhokrasi"si denilen yaygın inanca dair yaygın şüpheciliğe dramatik bir açıklık kazandırmaktadır. Çağdaş Batılı insan kurallara inanmakta güçlük çeker, çünkü onları bütünleşik parçaları olduğu sistemin bütününden yalıtılmış olarak görür. Değerlere inanmayı kolay görür zira ona göre çeşitli davaların hayata geçirilmesinde gerekli olan kurallar, değerleri yükten kurtarır. "Kuralların ve ilkelerin çatışması" Unger tarafından modern liberal düşüncenin çıkmaz sokağı olarak ortaya konmuştur. Bkz. Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics* (New York, 1975), ss. 88-100.

Batı hukuk düşüncesinin on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki kökenlerini ortaya çıkarmaktaki amaçlardan birisi, batı hukuk geleneğindeki kökleri 900 yaşında olan hukuk biliminin sentezi ile Batı'da yirminci yüzyılda hukuk anlayışının parçalanmasının baskın hale gelmesi değilse de öne çıkması arasındaki karşıtlığı göstermektir.

ile özgürlüğün uzlaştırılması çabasının bir parçasıydı. Hepsinin ötesinde çatışan normların ve değerlerin birleştirilmesi on birinci ve on ikinci yüzyılların daha zorlu bir uzlaştırmanın, Tanrı ile insanın uzlaştırılmasının, bir parçası olarak görülüyordu. Bu başka her şeyden çok Batılı insanın hukuk bilimine inanmasını sağlayan kendi nihai kaderine ilişkin yeni vizyonuydu.

4 | Batı Hukuk Geleneğinin Teolojik Kaynakları

Batı hukuk geleneğinin devrimci niteliğini, onun dinî boyutunu açıklamadan anlamak mümkün değildir. Dünden önceki gün metaforlarının, dünün analojileri ve bugünün kavramları olduğu söylenir. Bu nedenle on birinci yüzyılın hukuki metaforları on ikinci yüzyılın hukuki analojileri ve on üçüncü yüzyılın hukuki kavramlarıdır. Hukuki analoji ve kavramların altında yatan hukuki metaforların doğası esas olarak dinîdir. Bunlar Kıyamet gününün ve Araf'ın, Aşai Rabbani Ayini (Son Akşam Yemeği), Âdem'in günahı için İsa'nın kefaret ödemesi, Komünyon'da kutsal ekmek ve şarabın İsa'nın etine ve kanına dönüşmesi, kefaret ayininde günahların bağışlanması, rahiplerin *bağlama* ve *çözme* yani ebedi cezaya hükmetme ve bağışlama yetkisidir. Diğer metaforlar; onur metaforu, onurun kırılması halinde ödenecek bedel, iyi niyet, karşılıklı hizmet ve himaye yükümlülüğü gibi, dinî imaları olsa bile esas olarak feodaldi. Bütün bu metaforlar, ritüel ve mitlerin birleştirilmiş yapısının bir parçasıdır (Mit sözcüğü burada eski anlamıyla "fabl" olarak değil, daha ziyade bugünlerde anlaşıldığı şekliyle, "kutsal gerçek" anlamıyla kullanılmaktadır).[1]

Böylesi bir inceleme, Batı hukuk sistemlerinin temel kurum, kavram ve değerlerin kaynaklarının dinî ritüellerde, ayinlerde ve on birinci ve on ikinci yüzyılların ölüme, günaha, cezaya, bağışlamaya ve kurtuluşa ilişkin yeni tutumlarını yansıtan öğretilerinde olduğu kadar ilahi olanla beşerî olanın ve inançla akılın ilişkisine dair varsayımlarda da olduğunu göstermektedir. Aradan geçen yüzyıllarda bu dinî tutumlar ve varsayımlar kökten değişmiştir ve bugün bunların teolojik kökleri kuruma sürecinde gibi görünmektedir. Yine de buralardan devşirilen hukuki kurumlar, kavramlar ve değerler hâlâ hayattadır, genellikle değişmemiştir. Batı hukuk bilimi seküler bir teolojidir; bu genellikle bir anlam ifade etmemektedir, saçma görünmektedir zira teolojik ön kabulleri artık kabul görmemektedir.

---

[1] *Encyclopedia Britannica*, 1969 ed., s.v. "myth".

Kendi teolojik kaynaklarıyla bağını kaybetmiş bir hukuk geleneğinin paradokslarına tuhaf bir örnekle ışık tutulabilir. Cinayetle suçlanan aklı başında bir kişi hüküm giyer ve ölüm cezasına çarptırılır, sonrasında ise cezası infaz edilmeden akıl sağlığını yitirirse; cezanın infazı kişi akıl sağlığına kavuşana kadar ertelenir. Genel olarak söylemek gerekirse, Batı ülkelerinde olduğu kadar Batılı olmayan ülkelerde de hukuk budur. Neden? Batı için tarihsel yanıtı şudur; eğer bir kişi akıl sağlığı yerinde değilken idam edilecek olursa, özgürce günah çıkarma ve komünyona katılma fırsatı olmayacaktır. Bu nedenle akıl sağlığının yerine gelmesi beklenir ki, ruhu sonsuz cehennem ateşiyle lanetlenmek yerine arafta günahlarından arınma fırsatı olsun, böylece Kıyamet günü geldiğinde cennetin krallığına girebilsin. Ancak bunlara inanılmayan bir yerde neden akıl sağlığı olmayan bir adam iyileşene kadar hayatta tutulsun ve sonra öldürülsün?

Bu örnek, belki kendi içinde küçük bir önemi haizdir ancak bütün Batılı ülkelerin hukuk sistemlerinin ve Batı hukukunun etkisi altına girmiş Batılı olmayan ülkelerin dinî tutumlarının seküler bir tortusunun ve tarihsel olarak önce ayin ve ritüeller ile kilisenin öğretisinde daha sonra ise hukukun kurum, kavram ve değerlerindeki bulunabilecek varsayımların göstergesidir. Bu tarihsel kökler anlaşılmadığında, hukukun pek çok parçası altı çizilecek geçerli bir kaynaktan yoksun olacaktır.

Kıyamet Günü ve Araf

Hıristiyanlık, Yahudilik'ten hem seven bir baba hem de hakkaniyetli bir yargıç olan Tanrı'ya duyulan inancı devralmıştır; bu paradoksal bir tanrıdır, adalet ve merhameti bünyesinde birleştirmiştir. Tanrı bir yandan kötülüğü cezalandırıp iyiliği ödüllendirirken; insan da eylemlerinden dolayı ona karşı sorumludur. Öte yandan Tanrı zayıflığı nedeniyle insana merhamet eder ve onu itaatsizliğinden dolayı hak ettiklerinden esirger. Tanrı "bir günahkârın ölümünü değil onun kötülüğünden arınmasını ve yaşamasını arzular".[2]

Hıristiyanlık, Yahudilik'ten tarihin sonunun geleceği ve o gün geldiğinde Tanrı'nın ve yeryüzünde yaşamış olan bütün insanların ruhları da dâhil olmak üzere bütün milletleri yargılayacağına dair inancı da devralmıştır. Kıyamet günü Eski Ahit'te neşeyle

---

[2] İbareler *Book of Common Prayer*'dan alınmıştır, kaynağı Ezekiel'dir [Zülkifl].

beklenmektedir; kuşkusuz pek çokları cezalandırılacaktır ama aynı zamanda *Kurtarıcı'nın* çağı, Mesihî barış, adalet ve sevgi çağı başlayacaktır.[3] Benzer biçimde Hıristiyan öğretisinde de zamanın sonunda İsa'nın "ölüleri ve yaşayanları yargılamak için" geri döneceği ve bununla dünyada İsa'nın barış, adalet ve sevgi krallığının başlangıcı olacağı belirtilmektedir.[4] Ancak ebedi ceza tehdidi ve buna eşlik eden pişmanlık ve bağışlanma vurgusu Yeni Ahit'te Eski Ahit'te olduğundan daha güçlüdür. İsa, tarihin sonunda "Mesih kendi görkemiyle geldiğinde" "bütün milletlerin onun huzurunda toplanacağını" ve Mesih'in insanları ikiye ayıracağını söylemiştir. Buna göre yeryüzündeyken açların, hastaların, korunmasızların, yabancıların ve mahkûmların ihtiyaçlarını karşılayarak onlara yardım edenlere sonsuz hayat bahşedilecek; buna karşılık ihtiyaç sahiplerini görmezden gelenler "ebedi ateş"e atılacak ve "sonsuza dek cezalandırılacaklardır".[5]

Tanrı'nın adil bir yargıç olduğuna ve Mesih'in bir yargıç olarak geri döneceğine duyulan inanç Doğu Kilisesi'nin olduğu kadar Batı Kilisesi'nin de hukuki değerlerinin gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Kilise'nin esas olarak gizli inananların sayısız küçük topluluklarından oluştuğu erken yüzyıllarda, hukuki değerler, büyük ölçüde ahlaki ve dinî değerlerin içinde erimişti. Yüksek davranış kuralları ilan edilmiş ve Hıristiyanlar arasındaki ihtilafların çözülmesi için gayrıresmi usuller belirlenmişti. Ancak yeni bir Hıristiyan hukuk düzeni kurmak yönünde bir çaba harcanmamıştır. Hukukun Hıristiyan inancı ile ilişkisine dair sorular, esas olarak Hıristiyanlar'ın Yahudi hukukuna ve Roma hukukuna karşı nasıl tutum almaları gerektiğine ilişkindi. Her ne kadar kilise, Yahudi halkının tarihsel devamı olduğu şeklinde tasavvur edilse de bütün insanları, tabi oldukları kendi hukukları ile kucaklıyordu. Bu nedenle erken dönem kilisesi, Yahudi hukukunun Yahudilik'ten gelmeyen Hıristiyanlar'ı bağlamadığını ve bu hukuka riayet etmenin kurtuluşa giden yol olmadığını düşünüyordu. Bununla birlikte Kutsal Kitap'ın hukuku (İbrani hukuku değil); başka deyişle Tanrı'nın insanlar için vahyettiği ahlaki standartlar, başka bir bağlamda bağlayıcıydı. "Yasa kutsaldır" diye yazmıştı Aziz Paulus Roma Kilisesi'ne "ve onun emret-

---

[3] Bkz. Ps. 98:8-9; Jer. 23:5; Mic. 4:3; Amos 5:18; Zeph. 3:8-11 ve 1:15.

[4] İznik Konsülü [Nicene Creed] (İ.S. 325). Bkz. J.N.D. Kelly, *Early Christian Creeds* (New York, 1950), ss. 215-216.

[5] Matta 25:31-46.

tiği de kutsal, adil ve iyidir" (Rom, 7:12). Bu Hıristiyanlar'ın Kutsal Kitap'ın hukukunu içselleştirmesi, onun somutlaştırdığı hakikatlere yürekten iman etmeleri ve yasal emirlerden ve yaptırımlardan ziyade iman, umut ve sevgi nedeniyle iyi olanı yapmaları gerektiği anlamına gelmektedir.

Kilise, ilk üç yüzyılında Roma hukukuna da benzer biçimde saygı duymuş ancak onun mutlak otoritesini reddetmiştir. Bir yandan inanışa göre "iktidarlar Tanrı tarafından takdir edilmektedir" (Rom. 13:1). Öte yandansa ahlaka mugayir bir yasanın vicdanen bağlayıcı olmadığı telakki edilmiş ve aslında ahlaksız bir yasaya itaat etmemenin bir görev olduğu düşünülmüştür. Sivil itaatsizlik ilkesi esasında Hıristiyanlığın yasadışı sayıldığı erken dönem kilisesinin deneyimlerine içkindir.

Böylece Tanrı'nın yargıç olduğuna -ve yasakoyucu olduğuna, ayrıca İncil'e göre ilahi karar verici olarak etkin rol oynadığına- inanan Yahudi-Hıristiyan inancı, Kilise tarafından en başta neredeyse sadece insanın doğası ve kaderi, insan ruhunun karanlık güçlerle ve aydınlık güçlerle savaşı, insanın acı çekmesinin anlamlandırılması, hayatın ve ölümün anlamı gibi meselelerle ilgilenmiştir. Ancak devletin hukukunu ilahi hukukla uyumlu hale getirmek yönünde herhangi bir çaba, aslında böylesi bir fırsat da yoktu.

İmparator Constantine'nin İ.S. 313'te Hıristiyan olması ve Hıristiyanlığı imparatorluğun resmî dini ilan etmesi, yöneticinin hâkimiyet alanındaki en üstün yasakoyucu ve en üstün yargıç olarak rolüne Hıristiyanlığın katkıda bulunup bulunamayacağına dair önemli bir soruyu beraberinde getirmiştir. İmparatorun kilisenin başı olduğu ve İsa'nın yeryüzündeki temsilcisi olduğu inancı, bu soruyu özellikle şiddetli hale getirmiştir. Bu soruya verilen yanıt özünde Cermen halklarının beşinci, altıncı ve yedinci yüzyılda Hıristiyan olduklarında sorulan sorulara verilen yanıtlardan çok da farklı değildir. Hıristiyanlık, apokaliptik bir inanç olarak tasavvur edilmiştir, bir toplumsal düzenleme aracı olarak değil. Yine de Hıristiyanlık örtük de olsa en öte-dünyacı taraftarlarının bile görmezden gelemeyeceği bazı toplumsal düzenlemeler öngörmektedir. Bizans'ın Hıristiyan imparatorları, yasaları "daha büyük bir insanlık doğrultusunda"[6] gözden geçi-

---

[6] Bkz. Ecloga'nın Girişi (İ.S. 740'larda Bizans imparatorları tarafından yürürlüğe sokulan yasaların derlemesi); in Edwin H. Freshfield, *A Manual of Roman Law: The*

rerek düzenlemeyi dinî inançlarının getirdiği bir sorumluluk olarak değerlendirmiş; Hıristiyanlığın ve Hıristiyan felsefesi tarafından benimsenen Stoacı ve Yeni-Platoncu fikirlerin etkisiyle değişiklikler yapmışlardır: (1) Aile hukukunda; kadına hukuk önünde daha büyük bir eşitlik sağlanmış, evliliğin geçerli olması için iki tarafın karşılıklı rızası aranmış, boşanma zorlaştırılmıştır (ki, o dönemde kadınların özgürleşmesine doğru atılan bir adımdı) ve babanın çocuklarının üzerinde hayat memat yetkileri (*patria potestas*) kaldırılmıştır. (2) Kölelik hukukunda; kölelere, efendileri yetkilerini koruyorsa *magistrate*'ye başvurma hatta bazı durumlarda efendi acımasızsa özgürlüğünü talep etme hakkı verilmiş, köleleri azat etme koşulları çoğaltılmış ve kölelerin, özgür bir adamla akraba olmaları halinde hak sahibi olmalarına izin verilmiştir. (3) Katı hukuk ve hakkaniyet arasındaki ilişkide; hakkaniyet kavramı güçlendirilmiş ve genel talimatların içeriği yumuşatılmıştır. (4) Iustinianus yasaları bir araya toplayarak telif etmiş ve onun altıncı, yedinci ve sekizinci yüzyıllardaki halefleri kısmen Hıristiyanlığın beşerî bir nitelik kazanması yolunda bir adım olarak hukukun dizgeleştirilmesi gerektiğine inanmışlardır.

Doğu'da ve Batı'da Hıristiyanlığın ne tür bir etik gerektirdiğine ilişkin bir vizyonun olmaması, hukukun Hıristiyan etiğine aykırı özelliklerini ortadan kaldırma çabalarına zarar vermiştir. Batı'da, bu eksiklik on ikinci yüzyıldan önce bilinçli olarak dizgeleştirilmiş bir hukuk gövdesinin yokluğu nedeniyle büyümüştür zira profesyonel bir hukukçular sınıfı yoktur, hukuk okulları, hukuki literatür yoktur ve yasama faaliyeti çok azdır. Batı'da hukuk, genel anlamda gelenek normlarından ve usullerinden oluşuyordu ve bunlar siyasi, ekonomik ve toplumsal kurumlara nüfuz etmiştir. Bizans'ta ise, eski Yunan kavramı olan doğal aklın üstünlüğüne ve Roma'nın düzen anlayışına dayanan kayda değer hukuki bir miras vardı. Hukukçular ve yargıçlar, hukuk literatürü, hukuk okulları ve gelişmiş bir yasama ve yürütme sistemi vardı. Yine de Bizans tarihi boyunca Roma hukuk sistemi büyük ölçüde çökmüştü ve "daha büyük bir insanlık doğrultusunda" bir hukuk reformu hareketini hayata geçirmek için gere-

---

Ecloga (Cambridge, Mass., 1926). Giriş paragrafında söyle demektedir: "Bilge ve dindar imparatorlar Leo ve Constatine tarafından özetlenen yasalar, Büyük Iustinianus'un Novella, Code, Institutes ve Digesta'sından alınmış, daha büyük bir insanlık için gözden geçirilmiş ve 6234. dünya yılının, Dokuzuncu On Beş Yıllık Döneminde [indiction], Mart ayında yayınlanmıştır".

ken itici güçten yoksundu. Hukuk okulları kuruldu ve yitip gitti. Bir imparator tarafından yürürlüğe sokulan bir değişiklik diğeri tarafından ilga edildi. Çok az yapısal değişiklik gerçekleştirildi. İkinci ve üçüncü yüzyılların klasik hukukçularının hukuki analiz düzeyi hiçbir zaman Hıristiyan haleflerininki ile aynı olmadı. Iustinianus kendisinin yasa derlemelerinin yorumlanmasını yasakladı. İronik bir biçimde Iustinianus'un ölümünden kısa bir süre imparatorluğun resmî dili Latinceden Yunancaya dönüştürülünce yasa derlemeleri de unutulup gitti. Doğu Hıristiyanlığı, çaba harcamış ve genel olarak hukuku beşerîleştirmiş olsa da Bizans'ın hukuk bilimi üzerinde olumsuz bir etkisi olmuştur. Zira Roma hukukundan belirleyici özelliğini çalmış ancak yerine bu dünyada alternatif olacak bir hukuk sistemi kuramamıştır.

Kıyamet günü, sadece ilahi yasanın dünyaya hükmetmesinin eli kulağında yahut henüz ortaya çıkmış başlangıcı olarak kabul edildiği müddetçe de yeryüzündeki geçici dönemde paralel hukuki kurumların yaratılmasına esin kaynağı olmamıştır. Vizyonu, özünde kâhince olmaktan ziyade apokaliptiktir. Bu, birinci milenyumda, Kilise'nin Doğu'da Batı'da karakteristiğidir. Hıristiyan inancı, erkelerin ve kadınların "bu dünya için ölü oldukları" ve cennetin krallığında günahsızca yaşamanın yollarını aradıkları manastır hayatında temsil edilmiştir. Kilise genellikle bu dünyaya karşı eleştirel ya da reformcu bir duruş sergilememiştir: Seküler hayatın çürümekte olan "dünyevi krallıktaki" temel umutsuzluğu benimsenmiş ve Mesih'in "yaşayanları ve ölüleri yargılamak" için dönüşü imanla ve sabırla beklenmiştir.

Ne var ki, on birinci yüzyılın erken dönemlerinde Kıyamet günü inancı, ruhların ölümleri esnasında bir çeşit ara yargılamaya tabi olacaklarına dair paralel bir inanç ve her Hıristiyan'ın ölümü ile ilahi adaletin gelişi arasında bir "arınma" dönemi olacağı üzerinden Batı'da yeni bir önem kazanmıştır. Kıyamet günü inancı, yeryüzünde yaşamış bütün ruhların dirileceği, yargılanacağı ve birlikte Tanrı'nın krallığına kabul edilecekleri, aksi halde ise, şeytanla birlikte ebedi cezalarını çekmeye sevk edilecekleri bir zamana atıfta bulunmaya devam etmiştir. Bununla birlikte Araf, *münferit* Hıristiyan ruhların cezalandırılmalarında *geçici* bir dönem olarak tasavvur edilmiştir: Vaftiz edilmekle "ilk günah"tan (ya da birlikte doğdukları günahtan) kurtulmuşlardır ancak adalet onların ölümlerinden sonraki zamanda, yeryüzündeki hayatlarında cezasını tam olarak çekmedikleri "kişisel" (ya

da fiili) günahları için acı çekmelerini gerektirmektedir. İstisnai durumlar dışında bu dünyada ödenen hiçbir kefaret, hiçbir ruhu ölümden sonra ödenecek kefaretten kurtarmaya yeterli değildir. Kefaret bedel anlamına gelmektedir, tedrici bir kurtuluş değildir; ruh, günahlarının bütün bedelini ödeyene dek günahkâr (borçlu) kalacaktır.

Ölüler için edilen dualar olmakla birlikte,[7] ruhun ölümden sonra ve Kıyamet gününden önce kefaret ödeyerek acı çekmesi, Doğu Hıristiyanlığı'nda genel olarak kabul edilmiş bir öğreti değildi. Batı'da da Araf fikri, her ne kadar beşinci yüzyılda gündeme gelse ve manastırlardaki kefaretlerle pekiştirilse de daha sonra bir öğreti olarak kazandığı öneme on birinci yüzyıldan evvel sahip değildi. Araf fikri, ne Hıristiyan inancının zorunlu bir parçasıydı, ne de açıkça ifade edilmiş veya tanımlanmıştı.

1000 yılından kısa bir süre sonra Batı'da, yeni bir yortu icat edildi; Ölüler Günü (*All Souls' Day*), ki, hâlâ Roma Katolikleri tarafından her yıl Kasım ayının ikinci günü, 1 Kasım'daki Azizler Gününden (*All Saints' Day*) bir gün sonra kutlanmaktadır (Azizler Günü, hem Doğu'da hem Batı'da kutlamaktadır ancak Ölüler Günü sadece Batı'da esas olarak da Roma Katolik Kilisesi tarafından kutlanmaktadır). Yortuyu Cluny Manastırı'nın Başrahibi Odilo tasarlamış ve Cluny Manastırı yortunun genel kabulünü sağlamıştır. Bu özel gün, bugüne dek yaşamış ve daha sonra yaşayacak olan ve tarihin sonunda Tanrı'nın önünde titredikleri hayal edilen ruhlar topluluğunu kutlamak içindir. Bu esnada dünyadaki ve Araf'taki Hıristiyanlar'ın ruhları o günü merhamet için yakararak beklemektedir. Rosenstock-Huessy ikna edici bir biçimde bu yortunun Batı Hıristiyanlığı'nın ölüme dair ortak vizyonu olduğunu yazmaktadır. "Ölüler Günü'nün litürjik okumaları insanın mutlak hiçliğini vurgulamaktadır. İnsan Eyüp peygamber gibidir, çimen gibidir, gölge gibidir. Yine de Tanrı insanın yeterli olduğunu düşünür, gözlerini insana dikmiş ve yargılamak için çağırmaktadır... yargılanma fikri... insan onurunu ortaya çıkarmıştır, onun iddiası zararlı bir ot gibi ateşe atılmak

[7] Bkz. Jaroslav Pelikan, *The Christian Tradition*, vol. 2, *The Spirit of Eastern Christendom, 600-1700* (Chicago, 1974), ss. 279-280. Ortodokslar hiçbir zaman sevap, kefaret, Araf ve nafile ibadetlerle ilgili teori geliştirmemiştir. Bazı Doğulu teologlar Araf teorisine benzer fikirler geliştirmiştir ancak bunlar Doğu Kilisesi'nde yaygın kabul görmemiştir. İlahi cehennem cezası reddedilmiş ve genel olarak hukuk düşüncesinin Doğu teolojisine etkisi küçük olmuştur.

değil, yargılanmaktır... Hıristiyan ordusunun askerleri, yoldaşları şimdi de yargıçları olan Kurtarıcıları'nın önünde ona olan sarsılmaz inançlarıyla yürümektedir. Ölüler Günü'nde kalabalık zafer çığlıklarıyla coşmaktadır 'Kurtarıcımın yaşadığını ve Kıyamet Günü'nde ayağa kalkacağımı biliyorum'"[8] müthiş bir ilahi olan *Dies irae* (*"Day of Wrath"*; hesap günü), on üçüncü yüzyılda Ölüler Günü'nün duygu ve düşüncelerini ifade etmek için yazılmıştır. İlahinin teması adalet ve merhamet arasındaki çatışma ve bu ikisinin zamanın sonunda ilahi uzlaşmasıdır.

Ne var ki, Hıristiyanlar'ın ruhları, Kıyamet gününe kadar Araf'ta, tamamen arınana dek acı çekerek kalacaktır. Araf'taki cezalar, cennette olan çok az Hıristiyan (azizler) ve cehennemdekiler (tövbe etmeyenler) dışındaki bütün Hıristiyanlar'a dağıtılmıştır ve Araf'taki herkes sınıf farkı gözetilmeksizin günahına göre cezalandırılacaktır. Kıyamet Günü evrensel büyük demokrasi olarak tasavvur edilirken Araf da büyük Hıristiyan demokrasisi olarak tasavvur edilmiştir. Dante Alighieri'nin (1265-13219) canlı betimlemesinde papalar ve imparatorlar Araf'ta serfler ve haydutlarla birlikte acı çekecektir. Birisinin kaderini diğerinden ayıran ilke cezaların kişisel günahların ağırlığına göre dağıtılmasıdır.

Kıyamet Günü fikri hayatın salt bir akış olmaktan daha fazlası olduğunu, hayatın bir anlamının olduğunu ve insanın bu amacı gerçekleştirmekle sorumlu olduğunu varsaymaktadır. Bu dünyadaki hayatın hesabı Kıyamet Günü'nde verilecektir. Ancak bu hesap verme ayrıntılı kurallar ve standartlar sistemine göre ilerlemeyecektir. Öte yandan Araf fikri hesap vermenin ayrıntılı kurallar ve standartlar sistemine göre ilerleyeceğini varsaymaktadır. Bireysel günahlar tartılacak ve Araf'taki cezaların tamamı, her bir günahın ağırlığına göre belirlenecektir. Dahası kilisenin ve özel olarak papanın Araf üzerinde yargı yetkisinin olduğu düşünülmektedir. Papa sözüm ona Kilise hazinesini (Liyakat Sandığı) yönetmektedir ve günahkârın günahlarından arınması için dünyada çekmesi gereken kefaretin süresine denk olan ödülleri dağıtabilir. Ancak bunun için gereken kefareti ödediyse günahkârın ruhunun da aynı durumda olması gerekir. Bu, gerçekte, Araf'ta geçirilecek zamanın ruhbanlar tarafından düşürülebi-

---

[8] Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), ss. 509-510.

leceği anlamına gelmektedir.[9] On birinci yüzyılın sonunda papalık monarşisinin ortaya çıkmasıyla Papa II. Urban yönetimindeki Clermont Konsülü, I. Haçlı Seferi'ne katılan herkesi, kutsal Haçlı ordusuna katılmadan evvel işlediği tüm günahları için Araf'ta çekeceği cezalardan kurtaran ilk "tam endüljans"ı bahşetmiştir.

Ölüler Günü ayini ile Araf öğretisi, teoloji ile Batı Hıristiyanlığı'nın hukuk felsefesi arasında önemli bir bağ kurmuştur. Daha önce günah bir ötekileştirme, mahrum bırakma durumu olarak anlaşılıyordu; şimdiyse bu hayatta ya da öte dünyada, yanlış düşünceler, davranışlar veya tutkular nedeniyle acı çekerek ödenmesi gereken cezalar anlamında, hukuki terimlerle ifade edilir olmuştu. Günahın, temel anlamı olan Tanrı'dan ve komşulardan uzaklaşmak ise ikincil kalmıştır. Hangi günahkâr düşünce, davranış veya tutkuların cezalandırılacağını ve çekilecek dünyevi acının derecelerini önce Tanrı tarafından vahyedilen Kutsal Yazmalar'daki ahlaki yasalar ve ikinci olarak insanların kalplerindeki ve zihinlerindeki hukuk (doğal hukuk) belirliyordu, ancak daha sonra kilisenin pozitif yasaları tarafından belirlenecekti. Kilise'nin bu yasaları ilahi hukuktan devşiriliyor ve yine ilahi hukuk tarafından sınanıyordu.

Nihayetinde hukukileşme, deyim yerindeyse ölümden sonra hayat, Kıyamet Günü'nün önemini önemli ölçüde azaltmıştır. Buradaki mantıksal ima Araf'taki herkesin suçlarından, bütün bedeli ödemiş olarak arındıkları ve otomatik olarak cennete gideceklerididir. Böylece hukukun intikamının bir mutlu sonunun olması gerektiği varsayılmıştır. Aynı sebeple sistemin dışında kalmayı seçenler -pişman olmayan Hıristiyanlar ve bilinçli olarak Hıristiyanlığı reddeden kâfirler- öldükleri andan itibaren ebedi ceza ile lanetleneceklerdi. Böylece Tanrı'nın Kıyamet Günü'ndeki rolü, en azından İsa'nın dirilişinden önce ölenler için, yardımcı rol haline gelmiştir. Sahnenin merkezini insan almıştır. İnsanın seçme özgürlüğü kurtuluşa giden yoldaki belirleyici unsurlardan birisi olmuştur. Nihai amaç gerçekleşene kadar izlenecek rota, bu dünyadan öte dünyaya uzanan ödüller ve cezalarla çizilmiştir.

---

[9] Bunlar normalde yıllık, aylık, günlük ya da "karantina" süresi boyunca [Büyük Perhiz boyunca] öngörülen "kısmi endüljans"lardır. Endüljans sözcüğü cezanın süresine değil kefaretin süresine işaret etmektedir. Örneğin altı yıllık bir endüljans erken dönem kilisesinin altı yıl boyunca kefaret disiplinine tabi olarak yaşamaya eşdeğerdir.

Kefaret Ayini

On birinci ve on ikinci yüzyıllar ile sonrasında Batı'nın dinî imgeleminde çok güçlü bir etkisi olan Yeni Araf vizyonu, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda kefaret ayinine önemli litürjik gelişmelerle eşlik etmiştir. On birinci yüzyıldan evvel Batı'da kefaret, Doğu'da olduğu gibi özünde pişmanlığı gösteren ve Tanrı'ya tövbe etmeyi ve toplulukla ve zarar görenlerle uzlaşmayı sağlayan işlerden ibaretti.[10] Nadiren ayin olarak adlandırılırdı. Ancak on birinci ve on ikinci yüzyıllar boyunca Batı'da ayin olarak adlandırılmış ve ayinsel karakterinin odak merkezi uzlaşmaya yönelik eylemlerden uzaklaşmıştı. Bir tövbekârın, her Hıristiyan'ın itiraf edip nedamet getirmediği için ölümünden sonra büyük günahları nedeniyle maruz kalacağı cehennemde ebedi bir cezadan kurtulması için samimi bir nedametle bir rahibe günah çıkarması yeterli hale gelmiştir. Rahip ayrıca tövbekârı, gelecekte de nedametini belirtir davranışlarda bulunmaya ikna ederdi. Bu hem affedilebilir hem de büyük günahlar nedeniyle hem hayatta hem de ölümden sonra Arafta karşılaşılacak olan geçici cezadan kurtulmayı sağlardı.

Her ne kadar ayinler hâlâ "kefaret" (*poenitentia*) olarak adlandırılsa da ertelenen ve tövbeden, günah çıkarmadan ve arınmadan ayrışabildiği ölçüde nedamet belirten işler ilk defa olarak daha önce işlenen günahlar için "ceza" (*poena*) adlandırılmıştı. On birinci yüzyıldaki öncü ve daha sonraki teolojik ve hukuki yazmalar üzerinde büyük etkisi olan risale *Concerning True and False Penance*, *poenitentia*'yı *poenam tere* yani "ceza çekmek" ile tanımlamaktadır.[11] Yazar "Tam olarak söylemek gerekirse ceza (*po-*

---

[10] John T. McNeill and Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance* (New York, 1938), s. 17. Bkz. Bernard Poschmann, *Penance and the Anointing of the Sick* (New York, 1964), chap.1, n. 41a, ss. 147-149. Postman (s. 148), "bağışlanma" *absolvere* sözcüğünün kefaret ayinlerine hayli geç girdiğini ve uzunca bir süre günahkârın kefaret ödemek için kendisinin yaptığı işler olarak anlaşılmıştır. Postman, "günahların bağışlanmasının, bağışlanma için reel bir hüküm olmaksızın (on birinci yüzyıldan önce de olduğu gibi) kefaretteki kişisel çabanın sonucu" olmasını "ve son tahlilde bağışlanmanın içerikten yoksun" olmasını, erken dönem uygulamasına ilişkin "temel bir güçlük" olarak görmektedir. Bu değerlendirme, tam olarak on birinci ve on ikinci yüzyılın reformcularının bakış açılarını yansıtmaktadır.

[11] *De Vera et Falsa Ponitentia*, Migne, *PL*. 40.1113; MS. 1050'de yazılmış ve yanlışlıkla Aziz Augustine'e atfedilmektedir. Bu makale, gelecek yüzyılda Gratianus ve diğer kanon hukukçuları tarafından yaygın biçimde kullanılmıştır. On altıncı yüzyılda da Erasmus ve diğerleri tarafından yorumlanmış; Luther tarafından reddedilmiştir. Burada aktarılan metin 1129. sayfadadır.

ena), suçluyu cezalandıran ve ondan intikam alan (*vindicat*) bir can yakmadır (*laesio*)...Öte yandan kefaret (*poenitentia*) ise daima yaptığından pişman olan kimsenin kendi kendisinden aldığı intikamdır (*vindicatio*).[12] Bu, Tanrı'ya ve komşulara yönelen nedamet belirten işlerle simgelenen günah üzerindeki vurgunun kaymasıdır.

Rahiplerin bağışlama üzerindeki mutlak yetkilerinin İsa'nın "krallığının anahtarını" "bağlama ve çözme yetkisi ile birlikte" (Matt. 16:19)[13] Aziz Petrus'a devretmesinden kaynaklandığı söylenmiştir. Bu ilk başta yalnızca ebedi ceza verme ya da bağışlama yetkisi olarak anlaşılmıştır. Ne var ki, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda kefaret ödeme biçiminde ceza verme yetkisinin de aynı kaynaktan geldiği söylenmiştir; ebedi ceza, günah çıkarma sonrasında geçici cezaya dönüştürebilir.[14] Bu Doğu'nun şifa ve ruhani tavsiyeyi vurgulayan "karizmatik" kefaretinden fersah fersah uzaktı[15]; ayrıca altıncı yüzyıldan on birinci yüzyıla kadar Batı'nın manastırlarında (hatta manastırların dışında da) uygulanan kefaret düzeni de farklıydı. Eski kefaret sistemi daha az resmîydi ve büyük ölçüde "Doğulu" karakter taşıyordu. Yine bu dönemde kefaret sistemi, tamamıyla yereldi ve bir yerden diğerinde değişiyordu. Son olarak, Doğu'da, daha önceleri Batı'da olduğu gibi, rahip ilahi bağışlanma için yalvarabilir ama bizzat kendisi günahkârı bağışlayamazdı. Papalık Devrimi'nden sonra yeni bir uygulama başlatıldı: *Ego te absolvo* ("Seni bağışlıyorum"). İlk başta bu Tanrı'nın amelinin rahibin nedamet ve günah çıkarmadan kaynaklanan onayı olarak yorumlanmıştır. On ikinci yüzyılda ise bu, icrai, başka deyişle kutsal olduğu kadar bildirici sonuçları olan bir uygulama olarak yorumlanmıştır.[16]

---

[12] Ibid.

[13] Göklerin Egemenliği'nin anahtarlarını sana vereceğim. Yeryüzünde bağlayacağın her şey göklerde de bağlanmış olacak; yeryüzünde çözeceğin her şey göklerde de çözülmüş olacak". Matta 16:19 -ç.n.

[14] *De Vera et Falsa Ponitentia*, chaps. 10, 18, Migne, *PL* 40.1122, 1128. Poschman, *Penance*, s. 158, n. 3. Poschman, geçici ceza verme yetkisinin ilahi ceza verme yetkisiyle birlikte olması, geleneksel öğretiye yeni hiçbir şey eklememektedir. Ancak bu bakış, risalenin yazarı tarafından belirtilen hususu kaçırmaktadır zira burada bahsedilen geçici ceza bu dünyadaki geçici cezadır; öte dünyada çekilecek olan geçici ceza (Araf) değildir.

[15] Bkz. George H. William, *Anselm: Communion and Atonement* (St. Louis, 1960), s. 18.

[16] Poschmann, Penance, ss. 156-183, öz. 178-179.

Aşai Rabbani Ayini (Son Akşam Yemeği)

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda, Aşai Rabbani Ayini ya da Son Akşam Yemeği töreni katı bir biçimde tanımlanmış ve düzenlenmiş; aynı zamanda da en önemli Hıristiyan ayini ve Kilise'ye kabulün en önemli simgesi haline gelmiştir.

Aşai Rabbani'nin anlamı 1050 ve 1060'larda; Normandiya'daki Bec Manastırı'nın lideri Lanfranc ve daha sonra Fatih William'a bağlı Canterbury Başpiskoposu rakip manastır okulunun lideri Tours'lu Berengar'ın yorumuna itiraz edince çokça tartışılmaya başlamıştır. Berengar'ın şöhreti, kendi görüşlerini sadece Lanfranc'a karşı değil Papa VII. Gregorius dâhil olmak üzere bütün papalığa karşı da otuz yıl kadar ısrarla savunmasına dayanmaktadır. Berengar, ayinin etkililiğinin ve manevi gücünün ekmeğin dönüşümüne bağlı olmadığını; ekmeğin ekmek olarak kaldığını ancak doğru düzgün verildiğinde ve alındığında İsa'nın "sureti" ve "tasviri" olduğunu iddia etmektedir. Lanfranc ise Aristoteles'in "töz ve ilinek" kategorilerine başvurarak I. Lateran Konsülü'nü, Berengar'ın görüşlerinin geçersizliğini ilan etmeye ve ayinde tam da kutsanma sırasında ekmeğin tözünün mucizevî biçimde İsa'nın "gerçek" bedenine dönüştüğünü onaylamaya ikna etmiştir.[17] Teorik olarak rahiplerden başkasının törene katılması gerekmez. Gelecek yüzyılda ise Lanfranc'ın teorisi, daha sonra "tözün dönüşümü" olarak adlandırılmıştır, litürjik olarak kutsanmış ekmeğin kaldırılması olarak ifade edilmiştir; dönüşüm ekmek havaya kaldırılmadan evvel söylenen "Bu benim bedenim" şeklindeki törensel sözlerle gerçekleşmektedir.[18]

---

[17] LaFranc ile Berengar arasındaki ihtilafa ilişkin geniş bir literatür bulunmaktadır; bunlara otoritelerin görüşlerine de atıfta bulunan yararlı tartışmaların bulunduğu Hofmann'ın eseri de dahildir. Bkz. Hasso Hofmann, *Reprasantation: Studien zur Wort- und Begriffsgschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Berlin, 1974). Bkz. Joseph Ghellinck, *Le Movement thélogique du douziéme siécle* (Bruges, 1948), p 72. Ayrıca bkz. R.W. Southern, *Saint Anselm and His Biographer* (St. Louis, 1960), s. 21. Berengar nihayetinde, resmî olarak itibarsızlaştırıldıktan yirmi bir yıl sonra, 1080 yılında görüşlerini değiştirmiştir.

[18] "Tözün dönüşmesi" (Doğu kilisesi için aşina değildir) on ikinci yüzyılın ortalarında güncel hale gelmiştir; tözün dönüşümü öğretisi 1215 yılındaki Dördüncü Lateran Konsülü'ne dek resmî olarak kabul edilmemiştir. Bkz. Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200 (New York, 1972), s. 142.* On üçüncü yüzyılda şarap, ileri gelenler dışındaki lâiklerden esirgenmiştir.

Aziz Thomas'a göre ekmeğin ve şarabın "tözü"nün İsa'nın etine ve kanına dönüşmesi, "son tahlilde [*Hoc est corpus meum*] sözlerinin söylenmesiyle" gerçekleşir. *Summa Theologica,* pt. III, qu. 75, art. 7, reply obj. 3. "Bu ayinin tekâmülü inananla-

Aşai Rabbani Ayini, önceleri halkın ara sıra ya da nadiren katıldığı bir ayinken, yine on ikinci yüzyılda halkın senede en az bir kere katılımını, Paskalya döneminde, kefaret ayininden önce yapılmasını gerektirir olmuştur. 1215'te IV. Lateran Konsülü, bu koşulu evrensel olarak bütün Hıristiyanlar'ı kapsayacak biçimde uygulamaya koymuştur. Aşai Rabbani Ayini (Kutsal Komünyon) tüzel bir kişilik olarak Kilise'ye üyeliğin sembolü olmuş ve aforoz; yani komünyona katılma hakkından mahrumiyet üyelikten çıkarılmanın ana aracı haline gelmiştir.

Litürjik öğretideki ve ritüellerdeki bu değişimlerle Papalık Devrimi ve ruhbanların yeni imtiyazlarının ilişkisi açıktır.[19] Bu noktada Doğu Kilisesi'nin litürjisini göz önünde bulundurmak, bir kere daha, faydalı olacaktır. Bugün Doğu Kilisesi'nde, on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarından evvel Batı Kilisesi'nde olduğu gibi, Aşai Rabbani (Komünyon) ayini değil, vaftizin en önemli ayin olduğu düşünülüyordu.[20] Vaftiz, insanın

---

rın katılımında değil ayinin unsurlarının kutsanmasında yatmaktadır". Ibid., pt. III, qu. 73, art. 1. Şarap kadehinin lâiklerden esirgenmesi, takdisi gerçekleştiren papaz ekmeği ve şarabı birlikte kabul ettiği sürece ayinin geçerliliğini etkilemez. Ibid., pt. III, qu. 80, art. 12, reply obj. 2.

[19] 1264 yılında Papa Urban, İsa'nın bedenini temsil eden ekmeği yüceltmek için Katolik Yortusunu (*Corpus Christi)* başlatmıştır. Rosenstock-Huessy bu günü "Papalık Devrimi'nin kutsal günü" olarak adlandırmaktadır. Bkz. *Die europaischen Revolution,* 2nd ed. (Stuttgart, 1951), s. 168. Katolik Yortusu, bugüne dek nüfusun çoğunlukla Roma Katoliklerinden oluştuğu yerlerde en yaygın kutlanan yortulardan birisidir.

Büyük Alman tarihçisi Ranke töz dönüşümü öğretisine dair şöyle yazmaktadır: "Papazlığın imtiyazları da esas olarak inancın bu kısmıyla yakından ilişkilidir". Leopold von Ranke, *Deutsche Geschichte im Zeialter der Reformation* (Leipzig, 1867), s. 157.

[20] George Williams'ın gösterdiği üzere, Anselmus öncesi kefaret teorisi ağırlıklı olarak kişinin ölümden ve şeytani olandan İsa'nın yeniden dirilişinin temsiliyle kurtulduğu vaftizin sırları ile ilişkiliydi. Vaftizin vurgusu, yeniden doğum ve kişinin Hıristiyan olmadan önceki hayatındaki şeytanları terk etmesi üzerineydi. Anselmus ve halefleri ise, kefareti; vaftizin aksine öncelikle tekrarlanan bir ayin olan ve on birinci yüzyılda kefaret ayininden önce yapılmaya başlanan komünyonun sırları ile ilişkilendirmiştir. Komünyon günahlardan kurtulma olarak düşünülmüştür. "Buradaki endişe artık kişinin Hıristiyan olmadan önceki şeytanlarından kurtulması değil fakat kişinin vaftizden sonraki günahlarının kefaretinin tamamlanmasıdır". Williams, *Anselmus,* s. 13. Williams (s. 24) yeni komünyon öğretisinin "İsa ile bütünleşmenin kutsallığının yeniden doğumun kutsallığına üstün olduğu ölçüde kefarete de büyük çaplı bir katılımı mümkün" kıldığına işaret etmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki İsa ile kutsal bütünleşme Haçtaki İsa ile bütünleşme olarak tasavvur edilmiştir, (göğe) yükselen İsa ile değil. Nitekim kilise tarihinin ikinci bin yılında; ilk binyılında vaftizin merkeziliği ile karşıtlık oluşturan komünyonun

ilk ve son olarak kendi başına öldüğü, şeytandan vazgeçtiği ve cennetin krallığının yurttaşı olarak yeniden doğduğu büyük Hıristiyan gizemi olarak görülüyordu. İnsanı iblislerden ve ölümden kurtaran, vaftizdi. "Tözün dönüşmesi" ve "gerçek varlık" öğretileri, on sekizinci yüzyılda ve sonrasında pek çok Doğulu teolog tarafından benimsendi ancak hiçbir zaman Doğu düşüncesinde merkezî bir rol oynamadı. Dahası komünyon litürjisi Doğu Kilisesi'nde, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda Batı Kilisesi'nde olduğu gibi, görünür, tüzel bir kişilik olan Kilise'ye üyelikle değil daha ziyade dirilen Mesih'le ortak dostlukla ilişkilendirilmişti.[21]

Aşai Rabbani Ayini'nin Batı'da hayli törenselleştirilerek kutlanmaya başlaması da yine on birinci ve on ikinci yüzyıldadır. Ayrıca o zamana dek sınırsız olan ayin sayısı yediye indirilmiş ve her biri kendi ayin kurallarına tabi kılınmıştır.[22] Bu değişiklikler Kilise'nin tüzel hukuk kişiliğinin kuruluşuyla da ilişkilidir.

---

merkeziliği daha sonra önem kazanan Tanrı'nın cisimleşmesi ile ilişkilidir. Bu da daha evvelki insanın cennetin krallığında Tanrı mertebesine yükselmesi vurgusu ile zıttır.

[21] Bkz. Pelikan, *Christian Tradition*, II, 138. Pelikan, Doğu'nun kefaret öğretisinde İsa'nın yeniden dirilmesinin hem litürjide hem de teologların yazmalarında vurgulandığını belirtmektedir. "[K]urumun emri dâhil ederek güçlendiren sözleriyle 'Bu ekmekten yediğiniz ve bu kadehten içtiğiniz sıklıkta benim [İsa'nın] ölümümü ilan eder ve *yeniden dirilişimi kabul edersiniz.'* Yeniden diriliş litürjide, çarmıha gerilme ve dirilme aracılığıyla ölüleri ve Hades'i alt edene İsa'nın kazandığı zafere dayanan kefaretin önemli bir kısmıdır. Pelikan, Doğu'nun "litürjik teologlarının" benzeri temaları geliştirdiklerine işaret etmektedir: "Litürjinin dili, savaş ve zafer temalarını kurtuluşu tarif etmenin doğal yolu olarak haline getirmiştir".

[22] Petrus Lombardus, *Sententiarum Libri Quator*, Migne, *PL* 192.519. Dist. II'nin IV. Kitabında (col. 841) yazar şöyle demektedir. "Şimdi yeni hukukun ayinlerine geldik; vaftiz, belli yaştaki çocukların kilise cemaatine kabulü, ekmeğin kutsanması vb., Aşai Rabbani Ayini, kefaret, kutsal yağ sürme, papazlığa atanma, evlilik". Ancak yazar, daha sonra ayinlerin tamamlanmış listesi olarak ilan edilecek olan bu listeyi destekleyecek ya da listeye kaynak olan bir otoriteye atıfta bulunmamaktadır. Ayrıca dikkat edilmelidir ki Peter Lombard (col. 839) bir ayini sadece Aziz Augustine'in terimleriyle "Tanrı'nın lütfûnun işareti" olarak değil aynı zamanda bu lütfun kaynaklandığı "sebep" olarak da tanımlamaktadır. Doğu'da ise aksine çok geç bir döneme dek hatta bugün bile belli bir ölçüde ilahi lütfun görünür biçimde izhar ettiği çeşitli yollar arasında keskin ayrımlar yapılmamıştır, yapılmamaktadır. Azizlerin ikonlarla temsili, mumların yanması ve aslında litürjinin herhangi bir ve her bir parçası ve dolayısıyla ayinler, lütfedenin mucizevî iktidarıyla birlikte birer gizemdir. Kilise'nin kendisi kutsal bir varlıktır ve binası Tanrı'nın bizzat ikamet ettiği ve varlığının hissedildiği binadır. Batı'da ise böylesi gizemler kutsal olarak değil ayin olarak adlandırılmıştır ve ancak belli biçimlerde icra edilen belli ritüeller kutsal kabul edilmiştir, *ex proprio vigore* ("kendi güçleriyle").

Ayinler doğru biçimde gerçekleştirilmedikleri sürece geçersizdi ve doğru gerçekleştirilmeleri genellikle kilise hiyerarşisinin uzman makamlarının varlığını gerektiriyordu (On altıncı yüzyıla kadar evlilik bir istisnaydı). Bir ayinin eğer yetkili biri tarafından doğru biçimde yönetilirse *ex proprio vigore* ("kendi gücüyle") etkili olduğu söyleniyordu. Böylece Aşai Rabbani Ayini'nde Mesih'in varlığı ve manevi gücünün, Doğu Kilisesi'nde eskiden ve şimdi olduğu gibi Kutsal Ruh'un duasından ziyade kutsama esnasındaki söz ve davranışlarla ortaya çıktığı düşünülmüştür.

Yeni Teoloji: Aziz Anselmus'un Kefaret Öğretisi

Bu yeni metaforlar, analojiler ve kavramlar önce teolojide sonra hukukta inşa edilmiştir.

Hıristiyan öğretisinin büyük isimleri; modern anlamıyla teologlarının Batı'da ilk kez ortaya çıkışları, yine Papalık Devrimi'nin gerçekleştiği kabaca 1050'den 1150'ye kadar süren o olağanüstü yüzyıldadır. Lanfranc'ın hem Bec hem de Canterbury'deki önemli halefi Aziz Anselmus (1033-1109); Petrus Abelardus (1079-1160); Peter Lombard (1100-1160) ve diğerleri. Gerçekte "teoloji" sözcüğünün kendisi ilk defa Abelardus tarafından ilahiyatın doğasını kanıtlamaya yönelik sistematik çalışmasında kullanılmıştır.

Kuşkusuz bu isimler, kilise babaları da dahil olmak üzere kendilerinden önceki düşünürlerin, özellikle Aziz Augustine'in (345-430) ve aradan geçen süredeki birkaç Batılı seçkin yazarın çalışmalarının üzerine inşa edilmiştir. Ancak bu çalışmaları kökten bir biçimde dönüştürmüşlerdir.[23] Daha önceki düşünürler,

---

[23] Aziz Augustine kendisini izleyen bütün çağlar için bir bilgedir. Her ne kadar sıklıkla skolastik teolojinin kurucusu kabul edilen Anselmus ile Augustine'in en ünlü yorumcusu olan Aquina'lı Thomas kendilerini Augustine'in müritleri olarak tanımlasalar da Aziz Augustine'i, bazılarının yaptığı gibi, skolastisizm ile tanımlamak doğru değildir. Onlarla Augustine arasındaki temel fark, Augustine'in akıl ve iman arasında keskin bir ayrım yapmaması ve Augustine'nin bilginin peşine ona ulaşma aşkıyla değil Tanrı'yla bir olma aşkıyla düşmesidir. Bu bağlamda Augustine "mistizm ile teoloji ve ilahi gizemlerin bireysel tecrübesi ile Kilise tarafından onaylanan dogma arasında asla keskin bir ayrım yapmayan" Doğu Hıristiyan teolojisi geleneğinin içindedir. Bkz. Vladimir Lossky, *The Mystical Theology of the Eastern Church*, s. 8. Lossky'e göre (s. 104) "Ortodoks Kilisesi'nin teolojisi... felsefe ile herhangi bir öğreti sisteminde ittifak kurmamıştır; üstelik bütün zenginliğine rağmen Doğu'nun dinî düşüncesi skolastisizm hiç olmamıştır. Eğer Hıristiyan tasavvufunun kimi unsurlarını barındırıyorsa... kurama daima Tanrı'yla birlik olma düşüncesi hâkim olmuştur ve asla bir sistem niteliğini kazanmamıştır". Bu bakış

açısından Lossky Aziz Augustine'i Hıristiyan dünyasının ilk beş yüzyılının, teolojileri on birinci yüzyıldan evvel hem Doğu hem de Batı kiliselerinde geçerli olan kilise babalarının arasına yerleştirir.

Augustine'in kendisi teolojiyi tanımlarken eski Yunan teamülünü izleyerek teolojiyi "ilahi doğanın ifadesi ya da açıklaması" olarak tanımlar. Bkz. *City of God* (trans. Marcus Dods) 8.1 ve 6.8. Ne var ki, Augustine'in belirttiği ifade ya da açıklama, onun bilgeliğinin ve hakikatinin vahiyle sınandığını söylediği bir felsefeye göredir. Nitekim bütün filozofların içinde Platoncular "teolojinin fiziki olarak adlandırdıkları kısmıyla, yani doğal" ile baskın çıktığını yazmakta ve özellikle bedenin ve zihnin bütün değişken formlarının arkasında değiştirilemez ve karşılaştırılamaz bir form; yani Tanrı olması gerektiği yönündeki Platoncu argümana atıfta bulunmaktadır. *City of God,* 8.6. Augustine'in övdüğü bu iç görü Mısır'dan Çıkış'taki (*Exodus*) ifadeye de uygundur. Musa Tanrı'ya adını sorar ve Tanrı yanıtlar "Ben Benim. İsraillilere de ki Beni size 'Ben Benim' diyen yolladı". Augustine Musa'nın Tanrısıyla Platon'un bütün fenomenlerin arkasında gördüğü değişmez form arasındaki benzerliği öyle çarpıcı bulmaktadır ki neredeyse Platon'un İncili okumuş olması gerektiğine inanmaya "meyillidir". *City of God,* 8.11.

Yves Congar Augustine'nin "gerçek bir teolojinin" paganları Hıristiyanlığa yönelteceğine inandığını yazmıştır. "Ancak ona göre bu gerçek teoloji hâlâ sadece Platoncu felsefe benzeri bir felsefedir... Gerçekten de görünen o ki *teologia* teriminin onun bizim için olduğu anlamını kazanması için Abelardus'u beklemek zorundayız". Bkz. Yves Congar, *A History of Theology* (New York, 1968), s. 32. Etienne Gilson de Aziz Augustine'in düşüncesindeki Platonculuğun rolünü vurgulamaktadır -hatta aşırı vurgulamaktadır. Ancak Aziz Anselmus'e döndüğünde ise sürekli olarak Anselmus'un tek tutkusunun ustası Augustine'in hâlihazırda belirttiğini yeniden belirtmek olduğunu söylemektedir. Gilson iki azizin düşünme yöntemleri arasındaki büyük farklılıkları karşılaştırır. Gilson, Anselmus ve müritlerinin ününün "teoloji tarihindeki ünlerinin açığa çıkmış olan hakikatlere rasyonel kanıtlarını sunmadaki pervasızlıkları" olduğunu yazmaktadır. "Açıklanan dogmalara zorunlu nedenler bulmaya yönelik bu cesur tutku Augustine'in zihninde hiç yer almamıştır". Bkz. Etienne Gilson, *Reason and Revelation in the Middle Ages* (New York, 1938) s. 27.

Sadece Aziz Augustine değil fakat kilise tarihinin birinci binyılının hem Doğu'daki hem Batı'daki bütün teologları, "kavramların teolojisinden" her durumda teolojinin ilk amacı; "sonsuzluğa doğru yükselme"yi bertaraf edeceği için kaçınılması gerektiği konusunda Lossky ile aynı fikirde olacaktır. Lossky'e göre zihnin Doğulu tavrı "Tanrı ile ilgili kavramların biçimlendirilmesini reddeder". "Tanrı'nın bilgeliğinin gizemlerini beşerî düşünce yöntemlerine uyduracak bütün soyut ve salt entelektüel teolojiyi tamamen dıştalar. Bu bütün insanları kapsayan varoluşsal bir tavırdır: deneyimden ari bir teoloji yoktur, değişmek yeni bir insan olmak zorundadır... Tanrı'nın bilgisine ulaşmanın yolu zorunlu olarak tanrılaşmanın yoludur". Lossky, *Mystical Teology,* s. 39. On birinci yüzyılın sonlarındaki ve sonrasındaki Batılı teologlar farklı bir tutum almışlardır. Onlar teolojiyi kavramsallaştırmanın yolarını araştırmış, ilahi nitelikleri beşerî düşünce yöntemlerine uydurmaya çalışmışlardır. Onlara göre teoloji mistizmden ve bireysel ruhanilikten arınmalıydı. Örneğin Anselmus bir mistik ve şairdi ancak ilahi gizemleri "salt akılla" ispatlamaya giriştiğinde bu özelliklerini bir kenara bırakmıştır. İlahi olanı beşerî kategorilere dâhil etmeye -insanı cennete taşımaktan ziyade Tanrı'yı yeryüzü-

Aziz Augustine de dahil olmak üzere, "teoloji" ilahi hikmet, Kitab-ı Mukaddes'in anlamının dinî yansıması yahut daha kesin bir ifade ile Tanrı'nın ve sembollerinin mistik sezgisi anlamına geliyordu; daha dar bağlamda ise teoloji, kilise konsüllerinin ve piskoposların özellikle ayinlerle ilgili kararlarının yorumlanması anlamına geliyordu. Yeni anlamıyla teoloji ise imanın şartlarının ve onların geçerliliğinin ispatlanmasının rasyonel ve objektif bir analizi ve sentezidir ve Aziz Anselmus'un özellikle Tanrı'nın varlığının ontolojik ispatı (1078'de yazdığı) ile tecessüdün zorunluluğunun "yalnız akılla" ispatı (1097'de yazdığı) üzerine yazdıklarıyla başlamıştır. Yeni teoloji, Abelardus'un temel metinlerdeki çatışmaları uzlaştırmak için diyalektik yönteme başvurmasından bir nesil sonra itici bir güç olmuş ve dolayısıyla Hıristiyanlık inancındaki paradoksları akıl yoluyla ikna edici ama yine de vahiyle tutarlı bir biçimde açıklamak mümkün hale gelmiştir. Nihayet 1150'lerde Abelardus'un da öğrencisi olan Peter Lombard, teoloji üzerine ilk sistematik ve kapsayıcı bilimsel çalışma olan *Libri Sententiarum* (Cezalar Kitabı, *Book of Sentences)* adlı kitabı yazmıştır. Bu eser, yaklaşık bir yüzyıl sonra Aziz Aquinas *Summa Teologica*'yı yazdıktan sonra bile Batı'nın temel teolojik eseri olarak kalmıştır.

Teolojide, hukuk bilimindeki devrime eşlik eden devrim, inanç ile akıl arasında yapılan analitik ayrıma ve bilhassa inanç aracılığıyla ilahi vahiyde keşfedilenlerin sadece akılla ispat edilebileceğine olan inanca dayanmaktadır. Bu, Aziz Anselmus'un Tanrı'nın varlığını kanıtlamak için *Proslogion*'da yer alan alt başlıkta yer verdiği öncüldür; *fides quaerens intellectum* (inanç irfanı arıyor). Yine burada Anselmus, çağının mottosu olan sözünü söylemiştir; *Credo ut intelligam* (Anlamak için inanıyorum).[24] An-

---

ne indirmeye çalışmıştır. On birinci ve on ikinci yüzyılların skolastiklerinin Tanrı'nın bilgisine ulaşmalarının yolu Tanrı'nın cisimleşmesi idi, tanrısallaşma değil. "Skolastik teolojinin yaratıcısı olarak" Anselmus ve *theologia* sözcüğünün "yeni bir anlamla" popülerleşmesinin sorumlusu olan Abelardus üzerine bir inceleme için bkz. Ghellick, *Movement thélogique*, s. 83.

[24] Anselm, *Prologion, seu Alloquium de Dei Existentia*, Migne, *PL* 158.225. Bkz. M.J. Charlesworth, *St. Anselm's Proslogion* (Oxford, 1965), (İngilizce çeviriyi de içeren bir metinle birlikte). Genel olarak Anselmus üzerine bkz. Southern, *Saint Anselm.* Aziz Augustine, "inandığınız şeyi anlamalısınız" (*quod credis intelligans*) diye yazmış ve Isaiah'ın sözlerini aktarmıştı "Eğer inanmazsanız anlayamazsınız" (*nisi crediderítis, non intelligetis).* Bkz. L. Schoop, ed., *The Fathers of the Church: A New Translation,* II (New York, 1953), 300, 301-302. Ne var ki, Aziz Augustine'in aklın ışığına

selmus'a göre "anlamak" akılla anlamak, sebepleri bilmek ve kanıtlayabilmek anlamına gelmektedir. Rasyonel ispat hem kendisi için hem de bir inançsızı ikna etmek için önemlidir ama hepsinden öte Hıristiyan dogmasının tutarlılığının ve dolayısıyla geçerliliğinin sürdürülmesi için önemlidir.

Anselmus'un rasyonel ispat görüşünün inancın nesnesine özgü bir kanıt anlamına geldiği -örneğin Karl Barth tarafından- ve buna binaen inançsızlara akılla hitap eden bir inanırın, inançsızlara sanki onlarla aynı teolojik inançları paylaşıyormuş gibi hitap ettiği ileri sürülmüştür. Ancak bu yorum Anselmus'un Tanrı'nın varlığını ya da İsa'nın tecessüdünün zorunluluğunu ispatlamak için, aynı ölçüte başvurduğu gerçeğini görmezden gelmektedir. O dönemde bu ölçüte hem Anselmus hem de diğerleri tarafından deneyimin diğer fenomenlerini ispatlamak için de başvurulmuştur. Anselmus'un ilahi gizemleri açıklamak için başvurduğu *ratio* esasında o gizemlere özgü değildi. Bu *ratio*, onurun korunmasına ilişkin feodal hukuki kavramlar ile kanoncuların suçların cezalandırılmasına ilişkin hukuki kavramlarıydı. Bu kavramlar hem inananların hem de inanmayanların rasyonel zihinleriyle anlayabilecekleri objektif gerçekler olarak sunulmuştur.

Tabiri caizse o ana dek ilahi gizem olarak düşünülenlerle bilimsel olarak ilgilenildiğinde, bu gizemler ancak akıl; sezgi, deneyim ve inançla tamamıyla bütünleştiği zaman bilinebilir olur. On birinci ve on ikinci yüzyılın "rasyonalistleri" düşüncenin genel kategorilerini nesneleştirmeye şartlanmışlardı. Bu çağ, sadece hakikat, adalet, insanlık, doğruluk, günah ve diğer evrensellerin bağımsız bir varoluşunun olduğuna inanan rasyonalistlerin değil fakat aynı zamanda evrensellerin sadece insan zihninde olduğunda ısrar etmekle birlikte uğraştıkları kavramları, sanki bağımsız bir varoluşları varmışcasına tartışmaya mecbur bırakılan nominalistlerin de çağıydı. Nominalistlere göre, örneğin adalet ve günah, zihin tarafından yaratılan kategorilerdi; sadece fikirlerdi ve dışsal bir gerçeklikleri bulunmuyordu ancak yine de zihin tarafından diğer fenomenler gibi aynı rasyonellikle ve objektiflikle incelenebilirlerdi. Nominalistler, Doğu Kilisesi ya da on

---

yahut anlamaya yönelik vurgusu inançla bilinen üzerineydi. Aziz Anselmus'unki ise açığa çıkmış hakikatin rasyonel kanıtı ya da gösterilmesi üzerineydi. Augustine'in "anlama"sı bilgeliğe yakındı; Anselmus'unki ise bilime (İsiah'ın anlamı ise ikisininkinden de hayli farklıdır).

birinci yüzyıldan önceki Batı Kilisesi gibi adalet ve günahın evrensel olarak anlaşılmaması gerektiğini; daha ziyade her insanın ruhundaki Tanrı ile şeytanın mücadelesinin tezahürü olduğunu söylemiyorlardı. Doğu'da, günah kavramsallaştırılmamıştı; somutlaştırılmıştı. Erken dönem Batı teolojisi de her ne kadar genelde idelerin objektif varoluşuna dair Platoncu görüşe bağlı kalsa da bir evrensel olarak günahı -somutlaştırma haricinde- o günahı işleyen münferit günahkârlardan ayıramamıştır. Günah bir varlık olarak değil daha ziyade insanla Tanrı arasındaki bir ilişki olarak addedilmiştir. Dahası, büyük İ ile İnsan -Âdem-, tek tek kadın ve erkeklerden ayrılabilir olarak düşünülmemiştir. Ne insanlık ne de günah somut tezahürlerinden ayrı var olan objektif evrensel bir gerçeklik olarak görülmüştür.

Anselmus ise, aksine, Hıristiyan inancının gizemlerini anlaşılabilir bir mantığa dönüştürmek ve nötr bir anlığı imanla ikna etmekle ilgilenmiştir. Onun Tanrı'nın varlığına dair kanıtı, özünde insanın süreçlerinde mutlak bir iyiliğin bulunduğu düşüncesinin ta kendisidir. Onun daha sonraki ve daha cüretkâr olan tecessüdün zorunluluğunu kanıtlama çabası daha da ileri gitmiş; her insanın kaderinin evrenin törel ve hukuki yapısının yansıması olduğunu akılla ispatlamanın yollarını aramıştır.

Cur Deus Homo (*Why the God-Man* [Neden Tanrı-İnsan]) adlı kitabında Anselmus, vahiyden -*Christo remoto* (Mesih bir yana)- farklı olarak, Tanrı'nın Oğlu'nun feda edilmesinin, insanın günahkârlığı karşısında ödenebilecek mümkün olan tek kefaret olduğunu "zorunlu nedenlerle" ve "salt akılla" ispatlamayı amaçlamıştır.[25] Argümanı, en mümkün olan en kısa biçimiyle şöyledir: Tanrı insanı sonsuz bir kutsanmışlıkla yarattı. Bu kutsanmışlık insanın iradesini özgürce Tanrı'ya sunmasını gerektirir. Ne var ki, insan Tanrı'ya itaat etmemeyi seçti ve onun bu itaatsizliğinin günahını herkes miras olarak aldı. Adalet ya insanın günahının ağırlığına göre cezalandırılmasını gerektirir ya da insan Tanrı'ya itibar etmediği için kefaret öder. Cezaya gelince, hiçbir ceza yeterli değildi ama hiç olmazsa insan yaratıldığında sahip olduğu kutsanmışlığı kaybetmek zorunda kaldı, ancak bu da sadece Tanrı'nın amacına bir kere daha ket vurdu. Kefaret ödemeye gelince, insanın, Tanrı'ya zedelenen onurunu onarmak için sunabi-

[25] Anselm, *Cur Deus Homo*, Migne, *PL* 158.359-431. Bkz. John McIntyre, *St. Anselm and His Critics: A Reinterpretation of the Cur Deus Homo* (Edinburg, 1954).

leceği kadar değerli hiçbir şeyi yoktur. Bu nedenle insan günahının kefaretini ödeyemez ama ödemelidir. Tanrı (çünkü her şeye kadirdir) yapabilir ama yapmamalıdır. Zira sadece Tanrı yapabildiği için ve sadece insan yapmak zorunda olduğu için tatmin edici bir kefaret önerilecektir. Bu öneri Tanrı-İnsan tarafından yapılmalıdır. O halde Tanrı-İnsan; İsa Mesih'in, yapabildiği ve yapmak zorunda olduğu için, kendisini feda etmesi zorunludur, böylece günahın bedeli ödenecek, insan Tanrı'yla barışacak, yaratılışındaki esas amacı yeniden tesis edecektir.

Anselmus'un kefaret teorisi, her ne kadar kilise tarafından hiçbir zaman resmî kabul görmese de Batı'daki; sadece on ikinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla kadar değil fakat aynı zamanda (kimi düzeltmelerle) daha sonraki zamanlarda da ve sadece Roma Katolik Kilisesi'nde değil (kimi düzeltmelerle) Protestan düşüncesinde de hâkim görüş haline gelmiştir. Dahası Batı teolojisine ayırıcı karakterini kazandıran ve Batı teolojisinin Batı hukuk felsefesiyle ayırıcı ilişkisini kuran da bu teoridir.

Teori bilinçli olarak buna niyetlensin ya da niyetlenmesin Aşai Rabbani ayininin asli Hıristiyan ayini olarak yüceliği ve çarmıha gerilen Mesih'in gerçek varlığı olarak yorumlanması esasında çağdaş litürjik gelişmenin de açıklamasıdır.

Bir kere daha, kefarete ilişkin bu yeni teori; özünde Papalık Devrimi'nden önce Batı'ya hâkim olan öğreti ve litürjiye olduğu gibi Doğu Hıristiyanlığı'nın öğretisi ve litürjisi ile karşıt olabilir. Doğu Kilisesi'ne göre, İsa'nın çarmıha gerilmesinin yeniden dirilme dışında bir anlamı yoktu ve hâlâ yoktur. Kefaret, tecessüd-çarmıha gerilme-yeniden dirilmenin bir parçası olarak görülmüştür; litürjik olarak yeniden dirilme Son Akşam Yemeği'nin dahi merkezî parçasıdır. Hıristiyanlar "Mesih'le birlikte ölür ve yükselir". Mesih esas olarak ölümün fatihi olarak görülür. Öte yandan Aziz Anselmus'un Roma Katolik teolojisinde ve on birinci ve on ikinci yüzyılın Roma Katolik litürjisinde ise bağışlanma esas olarak çarmıha gerilme ile özdeşleştirilmiştir.[26] Yeniden dirilme

---

[26] "Çarmıhta ölerek Tanrı'nın adaletini sağladı, bizi günahtan kurtardı, Şeytanın gücünü kırdı ve bizi rahmete kavuşturdu. O zaman cennetin kapıları hepimiz için açıldı. Ancak cennete girebilmek için kefaret ödemeliyiz...*İsa'nın yeniden dirilişi Kutsal Kitapta onun ölümüyle ilişkilendirilmiştir: kefaretin özsel olmasa da mütemmim cüzüdür.* Ölümüyle İsa Mesih bizi günahtan kurtardı ve bize cennetin kapılarını açtı; yeniden dirilişiyle bize bir hayatı işaret etti ve Âdem'in günahıyla yitirdiğimiz hayatı geri verdi... Elbette İsa Mesih'in ölümüyle günahlarımızın bağışlanmasını

ise çarmıha gerilmenin zorunlu bir sekansı olarak açıklanmıştır. İsa Mesih de esas olarak günahların fatihi olarak görülmüştür.

İsa Mesih'in görevine ilişkin birbirleriyle yakından ilişkili bu kavramsallaştırmalar arasındaki çarpıcı fark dinî sanatta da ortaya konmuştur. Zira on birinci ve on ikinci yüzyılın Roma Katolik dinî sanatı, çarmıha gerilmiş İsa'yı ve çarmıha giden durakları[27] vurgulamıştır. Buna karşılık Doğu Kilisesi'nin ikonaları tipik olarak dirilen ve "şeytanı ve sürülerini çiğneyen, Âdem ve Havva'yı yükselten ve patrikleri bağlarından kurtaran" İsa'yı resmetmiştir.[28] Benzer biçimde on birinci yüzyıldan önceki Batılı İsa Mesih portreleri, İsa'yı çarmıhta gösterenler bile her durumda onu utkulu, cennetteki yönetici ve kurtarıcı olarak resmetmiştir.[29]

Doğulu Hıristiyan sanatı, Doğu Kilisesi'nin teolojisini ve altıncı ve onuncu yüzyıllar arasındaki Batı Kilisesi ile onun aşkınlık (ya da Batı'da söylendiği biçimiyle "öte dünyacılık") vurgusunu yansıtmıştır. Bu, cennetin, insanın "sonsuzluğa yükselişinin", insanın "ilahlaştırılmasının" merkeze alındığı bir teolojidir. Vurgu, Baba olarak Tanrı'ya, Yaratıcı'yadır. İsa Mesih, insanlığa kendisine ulaşacak yolu göstermiştir. İkonalar bunu yansıtır. Ancak on birinci ve on ikinci yüzyılın Batı teolojisi, vurguyu Teslis'teki ikinci kişiye, Tanrı'nın bu dünyadaki tecessüdüne, Kurta-

---

hak ettik, meşruiyet ve haşmet, fakat ilahi takdirin planında Havariler ancak Dirilişten sonra çıkacak ve sadece bizim aracılığımızla adil olan inancı öğütleyecektir". Rev. J. S. Considine, "The Passion, Death, and Resurrection of Christ", St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica,* 1st complete Amer. Ed., trans. Fathers of the English Dominical Province (New York, 1948) içinde, III, 3226, 3436 (italikler eklenmiştir). Ayrıca bkz. Williams, *Anselm,* s. 9. Burada yazar *Cur Deus Homo*'yu evkaristik bir teori olarak ikna edici biçimde açıklamaktadır.

[27] Hıristiyan inancına göre İsa'nın çarmıha gerileceği haçı taşıyarak çarmıha gerileceği yere gidene dek aştığı yoldaki on dört durağı ifade etmektedir. Bunlar sırasıyla cezaya çarptırılması; haçı omzuna alması; haçın ağırlığına dayanamayıp düşmesi; annesi ile karşılaşması; Kireneli Simon'un yardım etmesi; Veronika'nın İsa'nın terini silmesi; ikinci kez düşmesi; kadınları teselli etmesi; üçüncü kez düşmesi; elbiselerini çıkarması; çarmıha gerilmesi; ölmesi; annesine teslim edilmesi ve mezara konmasıdır -ç.n.

[28] William J. Wolf, *No Cross, No Crown: A Study of the Atonement* (New York, 1957), ss. 19-20.

[29] Bkz. Williams, *Anselm,* s. 25. İbadet usullerinde de paralel değişiklikler olmuştu. Nitekim Morris'e göre on ikinci yüzyılda "dua etmenin yeni bir biçimi benimsenmiştir ve daha sonra yaygın hale gelmiştir; elleri birleştirerek diz çökme. Bu saygı duruşuydu ve inananların Tanrı'ya sadakatlerinin ifadesiydi". Daha önce Doğu Kilisesi'nde hâlâ yapılmakta olduğu gibi öne doğru eğilirlerdi [secdeye varırlardı]. Bkz. Morris, *Discovery of the Individual,* s. 142.

rıcı olarak Tanrı'ya yöneltmiştir. İsa Mesih'teki Tanrı'nın insanlığı sahnenin merkezindeki yerini almıştır. Bu, papalığın İznik Konsülü'nde, Kutsal Ruh'un sadece "Baba"dan değil aynı zamanda "Oğul"dan (*filioque*) türediğini ilan eden değişikliğinde yansıtılmaktadır.[30] Bütün yaratımı, kozmik düzeni temsil eden Tanrı Baba, insanlığı temsil eden Oğul Tanrı'da vücut bulmuştur. *Filioque* ibaresi ile İznik Konsülü'nde kilise ile tanımlanan Tanrı-Kutsal Ruh'un kaynağının sadece Teslis'in Birinci Şahsı'nda değil İkinci Şahsı'nda da olduğu söylenmiştir -sadece yaratılışta değil, aynı zamanda tecessüd ve kurtuluşta da.

Böylece kilise, daha az "azizlerin cennetteki cemaati" olarak daha çok ise "günahkârların dünyadaki topluluğu" olarak görülmeye başlamıştır. Bizatihi rasyonalizm, beşerî kavram ve teorilerdeki ilahi gizemlerin tecessüdünün ifadesiydi. Tanrı sadece aşkın değil içkin olarak da görülmüştür. Bu da Kutsal Ailenin daha "gerçekçi" çizimlerinde olduğu kadar Batı'da yeni çağın büyük sanatsal sembolü olan gotik mimaride de yansıtılmıştır.

Batı'da hukukun rasyonelleştirilmesi ve dizgeleştirilmesi ile hukukiliği/yasallığı birbirine bağlayan, bu aşkınlık ya da içkinlik değildi; daha ziyade aşkının içkin hale geldiği tecessüd süreciydi. Hıristiyanlığın, Yahudiliğin ve İslamiyetin; her üçünün de insanla Tanrı arasında hem radikal bir ayrım hem de radikal bir irtibat koyutlamaları ve Tanrı'yı yargıç ve yasakoyucu ve insanı ilahi hukukla yönetilen olarak varsaymaları tesadüf değildir. Bununla birlikte on birinci ve on ikinci yüzyılda ortaya çıkan beşerî hukukun Batılı kavramlarının ayırıcı özellikleri -sadece Yahudi ve İslam kavramları ile değil Doğu Hıristiyanlığı'nın kavramları ile de zıt olan- evrenin merkezî gerçekliği olarak tecessümde yaptığı vurgu ile ilişkilidir. Bu da dünyanın kurtuluşuna yönelik muazzam bir enerji salınımı yaratmış; yine de hukuki olanı ruhani olandan, politik olanı ideolojik olandan ayrıştırmıştır.

---

[30] Bkz. 2. Bölüm, 26. dipnot. Charlemagne *filioque* ibaresini kendi imparatorluk şapelinin itikadının bir parçası olarak kullanmıştır; Papa III. Leo ise Roma itikadındaki bu değişikliği, öğretiyi benimsemesine rağmen kabul etmemiştir. Litürji ancak 1014 yılında değişmiş St. Peters'ta *filiquoue* ibaresi litürjiye dahil edilmiştir. Bu Kilise'nin 1054 yılında Doğusu ile Batısı arasında yaşanan hizipleşmenin temel sebeplerinden birisiydi, hâlâ da birleşmelerinin önündeki engeldir. Bkz. Kenneth Scott Latourette, *A History of Christianity*, I (New York, 1975), 303; ayrıca bkz. Pelikan, *Christian Tradition*, II, 183-198.

Anselmus'un kefaret kavramsallaştırması, yeni teoloji açısından mükemmel bir mittir. Vurgusu, Tanrı'nın teveccühünü kazanmak için ölümüne acı çeken ve bu suretle insanı bağışlamasını haklı kılan ve aynı zamanda insana bağışlanmayı kabul ederek kurtuluşa erme kapasitesini veren Tanrı'nın Oğlunun üzerinedir.

Kefaret Öğretisinin Hukuki Çıkarımları

Anselmus'un teorisi aynı zamanda yeni hukuk felsefesinin de zeminini döşemiştir. Bunu da neden ille de ya kefaretin ya da cezanın gerektiği, neden merhametli Tanrı'nın inayetiyle insanların günahını özgürce bağışlamadığı sorusunun cevabını vererek yapmıştır. Cevap; aksi halde işlenen günahlar yüzünden evrenin düzeninde meydana gelen kargaşanın düzeltilmeden kalacağı ve düzeltilmemiş bir kargaşanın ise adalette bir sakatlığa yol açacağıdır. Evrenin adil düzeni; *iustitia* ya da Tanrı'nın *haktanırlığı*, bedelin ödenmesini gerektirir. Merhamet, der Anselmus, adaletin kızıdır; adaletten doğar adaletin aleyhine işleyemez.[31] İnsanı yaşatan ve gerçekte insana kurtuluşu sunan Tanrı'nın merhametidir, her ne kadar insan bile isteye Cennetin kutsal emanetine ihanet etmiş olsa da. Ancak Tanrı keyfi davranmaz, merhameti adaletine tabidir, tıpkı adaletinin rectitudo'suna, *adil düzen*ine tabi olduğu gibi.

Bu dili *Cur Deus Hommo*'dan belki kırk elli yıl önce yazılan ve Anselmus'un iyi bildiği *Concerning True and False Penance* adlı risale ile karşılaştırmak ilginçtir. Tanrı'nın merhametini adaletine ya da adaletini merhametine tabi kılan daha eski teolojik ve törel geleneğin daha erken bir çalışmasıdır. Yazar şöyle demektedir: "Tanrı merhametli ve adil olduğu için, merhameti adalette adaleti de merhamette mahfuzdur". "Adil (yargıç) adilce merhametli olmalıdır". "Yargıç merhametli ve adil olmalıdır... ve adaletinde merhamet olmalıdır".[32] Yine de yazar ceza analizinde adalet ile merhamet arasında ayrım yapar. "Sadece adalet mahkûm eder" der.[33] Daha ileri giderek "kefaret olmadan bağışlamanın olacağını varsayanların yanılgısı" der, yani ceza olmadan bağışlama umanlar kötülüğü meşrulaştırır ve "günaha izin verir".[34] Tan-

---

[31] Ayrıca bkz. *Proslogion*, chaps. 9-11, Migne, *PL* 158.231-234.

[32] *De Vera et Falsa Poenitentia*, chap. 10, Migne, *PL* 40.1122.

[33] Ibid.

[34] Ibid.

rı'nın inayeti bu yolla ucuzlaştırılamaz. Böylece "doğru ve yanlış kefaret"e ilişkin yeni teori, Anselmus'un evrenin rasyonel düzeninin günahın daima cezalandırılması gerektirdiği yönündeki iddiasının yolunu açmıştır.[35]

Anselmus sıklıkla "yasal" ya da "yasacı" kefaret görüşünü savunmakla suçlanmıştır. Öte yandan bu suçlamaya karşı onun adalet (*iustitia*) ölçütünün özünde yasal bir ölçüt olmaktan ziyade törel bir ölçüt olduğu söylenerek savunulmuştur.[36] Ancak her iki iddia da yeterli değildir. Kuşkusuz Anselmus, ilahi hukuka göre günah ile suç ve cezanın teknik detaylarıyla meşgul olacak kadar "yasacı" değildi. Ona ve seleflerine göre *iustitia* sözcüğü bir kutsal kitap terimi olan haktanırlığın tercümesiydi. Anselmus Tanrı'nın doğruluğunun temel karakterini keşfetmekle ilgilenmekteydi.

Ancak aynı zamanda Tanrı'nın özgün normlarında ya da eylemlerinde haktanırlığının ya da adaletinin açığa çıkma yolları ile de ilgileniyordu. Anselmus adaletten doğan belirli bir kuralı ya da kararı, ne kadar çekici olursa olsun tutarsız bir ilke uğruna feda etmeye gönüllü değildi. *Cur Deus Homo'da* Anselmus'un öğrencisinin "Eğer Tanrı adaletin yöntemini izlerse acınası bir zavallı hiçbir kaçış yoktur ve görünen odur ki bu durumda Tanrı'nın merhameti yok olur" biçimindeki sözlerine "Sen bir sebep aradın, şimdi sebebi kabul et" diyerek yanıt verir.[37] Ancak An-

---

[35] Bkz. Southern, *Saint Anselm*, s. 89.

[36] Bkz. Robert D. Crouse, "The Augustinian Background of St. Anselm's Concept of Justitia", *Canadian Journal of Theology*, 4 (1958), 111.

[37] *Cur Deus Homo*'da Anselmus, günahları, herhangi bir kefaret ya da ceza olmaksızın merhametle bağışlamanın Tanrı açısından uygun olup olmadığını sorar. Ona göre "Tanrı'nın krallığında gayrı muntazam (*inordinatum*) olan hiçbir şey uygun değildir" ve suçlu olanla olmayanı eşit değerlendirmek "Tanrı için de uygun olmayacaktır". Anselmus ekler "Şunu da göz önünde tutun. Herkes bilir ki, insanın adaleti yasa kapsamındadır... Ancak günah bağışlanmaz ya da cezalandırılmazsa, hiçbir yasaya tabi değildir... Bununla birlikte adaletsizlik şuradadır, günah sadece merhametle bağışlanırsa adaletten de azade olacaktır ki bu gayet kabul edilemezdir". *Cur Deus Homo*, bk. 1, chap. 12, Migne, *PL*. 158.377. Anselmus, Tanrı'nın, insanın itaatsizliğini basitçe bağışlamasının insanın günahı dolayısıyla kutsanması anlamına geleceğini belirterek 1. Kitap 24. Bölümdeki soruya geri döner. "Açıkçası Tanrı açısından böylesi bir merhamet kendisine aykırı olacaktır, bu nedenle bu türde bir merhamet göstermesi imkânsızdır". Bu da Anselmus'un öğrencisine şunu söyletir: "Eğer Tanrı adaletin yolunu izlerse sefil bir insancık için hiçbir kaçış yoktur, Tanrı'nın merhameti helak olmuş görünmektedir". Anselmus buna şöyle cevap verir: "Sen sebebi sordun, şimdi de kabul et. Ben Tanrı'nın merhametli olduğunu inkâr etmiyorum... Ancak biz insanı ölümünden sonra kutsanmış kılan

selmus adaleti geniş tasavvur etmiştir; sebep inayetin sınırlarında kalmak için gereklidir. Tanrı kendi adaletiyle bağlıdır. Eğer bir insanın günahlarının bedelini ödemesi ilahi olarak adilse, Tanrı'nın bunu reddetmesi adil olmayacaktır ve bu nedenle de imkânsızdır. Anselmus'un *Cur Deus Homo*'daki teolojisi, hukukun teolojisidir.[38]

Anselmus'dan önceki zamanlarda (ve halen Doğu Kilisesi'nde) Tanrı'nın adaletini bu şekilde analiz etmenin yanlış olduğu düşünülüyordu. Öncelikle bu nihai gizemlerin insan anlığında kavramlara ve yapılara uygun olmadığı; sebebin inançtan ayrılamayacağı -birinin diğerinin kölesi olmadığı daha ziyade ikisinin ayrılamayacağı ve hukukun teolojisinin bütün uygulamasının terimsel bir karşıtlık olduğu- söyleniyordu. İkinci olarak, bizim Tanrı'yla olan ilişkimizi sadece ve esas olarak ilahi adaletin değil fakat aynı zamanda, esas olarak Tanrı'nın inayeti ve merhametinin inşa ettiği; onun sadece adaletinin değil bu inayeti ve merhametinin çarmıha gerilmeyi açıkladığı zira böylece şeytanın ve ölümün iblislerinin gücünün insanlıktan fidye istediği söyleniyordu. Bu öyle bir güçtür ki, ilk başta İsa'nın katledilmesiyle istediğini elde etmiştir ancak daha sonra İsa'nın yeniden dirilmesiyle bozguna uğramıştır.

Doğu Ortodoksisi, esasında liyakat, kefaret, Araf ve nafile ibadetlerle ilgili teoriler geliştirmemiştir. Doğu'da böylesi teorilerin "yasacı" olduğu düşünülmüştür. Ebedi cehennem cezası da reddedilmiştir. Günah esas olarak bir insanın ruhunun düştüğü bir durum olarak görülmüştür, ilahi hukuku ihlal eden bir davranış olarak değil. Papalık Devrimi'nden önceki Cermen Hıristiyanlığı'nda da benzeri fikirler geçerliydi.

Daha önceki bir perspektiften bakıldığında (ve bugün Doğulu bir perspektiften bakıldığında) Anselmus'un teorisi, hem insanın acı çekmesini ve ilahi bağışlanmayı adaletin ve adil düzenin tek

---

nihai merhamet hakkında konuşuyoruz. Bence ben neden insanın günahları tümüyle bağışlanana dek kutsanmaması gerektiğinin sebeplerini yukarıda tatmin edici biçimde açıkladım. Bu bağışlanma günahın büyüklüğüne göre (ve) günah nedeniyle ödenmesi gereken bedel ödenene kadar gerçekleşmemeli". Migne, PL, 158.397-98.

[38] Bkz. Gottlieb Söhngen, *Grundfragen einer Rechtstheologie* (Munich, 1962) ve "Rectitudo bei Anselmus von Canterbury als Oberbegriff von Wharheit and Gerechtigkeit", H.K. Kohlenberger, ed., *Sola Ratione: Anselmus-Studien für Pater Dr.h.e.F.S. Schmitt* (Stuttgart, 1970) içinde.

bir çerçevesine yerleştirmesi bakımından hukuki bir teoridir. İnsanın acı çekmesi, itaatsizliği nedeniyle ödediği bir bedel olarak görülür. Daha temelde Tanrı'nın, insanın ona karşı sonsuz yanlışına rağmen insanı ebedi cezadan bağışlaması; günahıyla orantılı olabilecek tek feda etme eylemini haklı ve hukuki kılmaktadır. Böylece kurtuluş özünde âdeta hukuki bir işlem gibi açıklanmıştır.

Batı Ceza Hukukunun Teolojik Kaynakları

Anselmus'un Tanrı'nın onurunu zedeleyen insanın kefaret ödemesi gerektiğini söyleyen teorisi, öteden beri mevcut olan hukuki kavramları yansıtmaktadır; çok kısa bir süre sonra bu kavramlarla üst üste gelen yeni hukuki kavramları değil. Anselmus, kefareti, bir serfin onuru kırılan lordunu yatıştırması gibi bir tür zillet gibi tasavvur etmiştir. İsa Mesih'in kendini feda etmesi -daha sonra, özellikle Reformasyondan sonra yapıldığı gibi- bir suçun cezasını temsil etmemektedir -İsa'nın vekil olması- daha ziyade daha eski anlamıyla kefaret; yani kurbanın saldırganla barışmasını sağlayan pişmanlık anlamında düşünülmüştür.[39]

[39] Temsili cezalandırma üzerine Reformasyon sonrası teoriler için bkz. Wolf, *No Cross, No Crown*, s. 109. Hem Luther hem de Calvin Anselmus'un kefaretle ilgili düşüncelerinin çoğunu paylaşmaktadır. Ne var ki Calvin kefaretin gerekliliğinin nedenini Tanrı'yı itibarsızlaştırmaktan Tanrı'nın yasasının ihlal edilmesine çevirmiştir. Bununla birlikte Calvin çarmıha gerilmeyi insanın bütün günahının ve suçunun İsa Mesih'e nakledilmesi olarak görmüştür. Calvin'in görüşleri, takipçileri tarafından Tanrı'nın "eksiksizce ve mükemmelen adil olduğu, bu nedenle de ne bir günahı onayladığı ne de cezasız bıraktığı" görüşüne indirgenmiştir. Bkz. Theodorus Beza, "Confessio", *Theol. Tract*, II, 2, aktaran Hugo Grotius, *A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus*, trans. with notes and hist. intro. F.H. Foster (Andover, Mass., 1889), s. xiv. Grotius, Socinus'un "madem Tanrı saldırıya uğrayan ve diğerleri tarafından yapılmış bir kanun ona karşı işletilemez, o halde Tanrı ona yöneltilen saldırıları basitçe bağışlayabilir" önermesine cevap verirken, kendi adına hareket eden Tanrı ile halk adına hareket eden Tanrı'yı birbirinden ayırır. Bu bağlamda Tanrı, cezayla zorlayan bir egemen gibidir. Foster bu "yönetimsel" teorinin İngiliz Kalvinistleri tarafından benimsendiğini ve oradan da Amerikan kolonilerine ulaştığına dikkat çekmektedir. Mesela Jonathan Edwards'a göre "yaradılanların ahlaki varlıklar olarak bulunduğu yerde ahlaki bir yönetimin olması gerekir... Ahlaki bir yönetimin olabilmesi için de cezalandırmanın olması gerekir... Eğer bir ceza yürürlükten kaldırılırsa, gerçekte hiç uygulanmazsa, yasa, yasa olmaktan çıkar.... Eğer Tanrı cezayı uygulayarak kendi yasalarının otoritesini devam ettirirse, açıktır ki tutarlı biçimde kendi yönetiminin yasama ve yürütmesidir... Ancak eğer yasasının otoritesi desteklenmezse, bu durumda günahtan kaçınmak yerine günaha davet çıkarılır ve teşvik edilir". Böylece İsa'nın çarmıha gerilmesi ilahi hukukun bir zorunluluğu olarak görülmüştür. İsa'nın çektiği acılar, günahkârların cezalarının ikamesidir ve insanı cezanın onu

Çünkü insanın temsilcisi olan İsa, insanların günahları nedeniyle kendisini tarziye olarak sunmuş; Tanrı'nın itibarı onarılmış ve insanla barışabilmiştir. Bu on birinci yüzyıldan önce ve on birinci yüzyıl boyunca Avrupa halklarının ceza hukukunun ana izleğini ifade etmektedir. Bir suç genellikle siyasi düzene ya da genel olarak topluma yöneltilmiş bir saldırı olarak düşünülmüyordu; daha ziyade kurbana ve akrabalarına, ait olduğu teritoryal topluluk yahut feodal sınıfı gibi kurbanın kimliğini oluşturan unsurlara yöneltilmiş bir saldırı olarak kabul ediliyordu. Ancak bir suç aynı zamanda Tanrı'ya da bir saldırıydı; bir günahtı. Normal bir toplumda böylesi bir saldırıya verilecek cevap kurbanın ya da akrabalarının (ya da diğer gruplarının) intikam almasıydı. Aynı zamanda altıncı ve on birinci yüzyıllarda kabilesel, yerel ya da feodal hukukun temel vurgusu; intikama alternatif olarak pişmanlık, zedelenen itibarın onarılması ve uzlaşmaydı. Ayrıca daha erken dönemlerinde kraliyet ve imparatorluk hukuku da benzeri kavramlara dayanıyordu ve geleneksel kuralların ve usullerin kraliyetin ya da imparatorluğun hane halkını ve onların himayesinde olanları büyük ölçüde koruduğu düşünülüyordu. Krallar nadiren örf ve âdet hukukunu gözden geçiren ve yeniden ifade eden hukuk "kod"ları yayınlardı ancak bütün olarak bakıldığında kraliyetin ve imparatorluğun suçlara dair yargı yetkileri hayli sınırlıydı. Evrensel ceza hukukunun görece yokluğu -ve yerel geleneklerin baskın olması- suçun; bütün toplumu kapsayan birliğine yahut devlete ya da kiliseye değil, büyük oranda diğer insanlara yöneltilmiş bir saldırı -aynı zamanda Tanrı'ya- olarak değerlendirildiği gerçeğini vurguluyordu.

Aynısı, manastırların on ikinci yüzyılın ceza kanonunu biçimlendiren önemli bir kaynak olan kefaret defterleri -günahların ve kefaretlerinin kodu- için de geçerliydi. Keşişlere itiraf edilen ve gizlice cezalandırılan saldırılar, saldırganın yerel manastır topluluğuyla yeniden bütünleşmesi için ön hazırlıktı. Genellikle her bir manastırın kendi kefaret kuralları vardı. Bu kurallar dokuzuncu, onuncu ve on birinci yüzyıllarda hayli yaygın biçimde lâiklere de uygulanmaya başlamıştı.

Kefaret, itibarın onarılması ve uzlaşma: Bunlar, suç ya da gü-

---

yapacağından daha itaatkâr yapması için örnek teşkil etmektedir. Grotius, *Defence*, s. *li*. Bu "öznel" teori yahut "örnek" teorisi Abelardus tarafından da savunulmuş ancak Reform hareketinden evvel kabul görmemiştir.

nah için kefaret ödemenin mutlak aşamalarıydı; bunların alternatifi kan davası, sürgün yahut aforozdu.

Böylece Tanrı-İnsan tarafından kendisini feda ettiği ceza ("adak") ve uzlaşma olarak kefaret Anselmus tarafından ortaya kondu. Yine de bu argüman; ilahi adaletin "ilk günah" ya da Anselmus'un söylemeyi tercih ettiği haliyle "doğal günah" için değil fakat vaftiz olmuş Hıristiyanlar'ın işlediği "kişisel günahlar" ("fiili günahlar") için de bir cezayı (sadece kefaretle telafi etmeyi değil) gerektirdiği yönündeki açıkça ortaya konmamış başka bir öncüle bağlıydı. Vaftiz olan Hıristiyanlar, vaftiz ayiniyle birlikte İsa Mesih'in kendisini feda etmesinin yararını görüyordu zira ilk günahın bedeli ödenmiş oluyordu. Ancak diğer günahların sorumluluğu devam ediyordu ve Hıristiyanlar'ın kendilerinin bu sorumluluğun farkında oldukları ima ediliyordu.

Bu ima; (1) Vaftizle ortadan kalkan evrensel ilk *günah* ve buna bağlı olarak Hıristiyanlar'ın işlediği "kişisel" günahlar arasında ve (2) bir ceza ve kurbanın itibarını geri vermeye yetecek, günahın ağırlıyla oranlı bir ödeme olarak kefaret arasında yapılan keskin ayrımdan çıkarılmıştır. Anselmus, ilk günah için uygun bir alternatif cezayı açıkça reddetmiştir, zira ona göre kefaretin, insanlığın toptan yıkımıyla orantılı olması gerekmektedir. "Kendisine nail olabilecek rasyonel bir yaratıktan daha değerli hiçbir şey yaratmamış olan" Tanrı tümden yok olmasını istemezdi, bu nedenle de itibarını yeniden kazanmak için Oğlu'nun kendisini feda etmesine izin vermiştir.[40] Böylece Tanrı, insanlığı, onun günahkâr halini affetmiştir; insan ırkı kendisine içkin açgözlülük, kibir, güç ve Tanrı'yı hâkir gören diğer günah biçimlerinin sonuçlarından bağışlanmıştır. Tanrı, insanı olduğu gibi kabul etmektedir. Ancak bu bağışlanmanın kendisi, herkese yasaklanan şeyleri bilerek isteyerek yapmama sorumluluğunu dayatmaktadır. Eğer insan yasaklanan şeyleri yapmayı seçerse, bunun için cezalandırılacaktır -yok edilmeyecektir, ondan nefret edilmeyecektir ancak saldırısıyla, yaptığının hukuka aykırılığıyla orantılı bir bedel ödeyecektir. Âdem'in işlediği ilk günahın aksine, vaftiz edilmiş, nedamet getirmiş Hıristiyanlar'ın fiili günahları; hukuka aykırı davranışları nedeniyle yok edilmeleri gerekmemektedir. Onlar, bu dünyada ve Araf'ta geçici cezalarla kefaret ödeyebilirler. Öyle ki, ebedi cezaya çarptırılanlar dahi yok edilmeyecektir.

---

[40] *Cur Deus Homo*, bk. 1, chaps. 13-14, Migne, *PL* 158.379, 381.

Kefarete dayanan günaha ve cezaya dair öğreti, Cermenler'in öç almanın alternatifi olarak öngördükleri uzlaşmanın ya da Platoncu caydırma ve ıslahın yahut da Eski Ahit'te yer alan Tanrı ile İsrail arasındaki anlaşmanın şartlarına göre (her ne kadar bu üç teorinin unsurları bulunsa da) gerekçelendirilmemişti. Anselmus'un ve haleflerinin Batı teolojisinde ortaya koyduğu temel gerekçe adalet kavramının kendisiydi. Adalet, her günahın (suçun) geçici bir acı çekmeyle ödenmesini gerektirirdi; çekilecek acı, ceza işlenen günaha; ihlal edilen yasanın korunmasına (intikam) uygun olmalıydı. Aquina'lı Thomas'ın, Anselmus'dan iki yüz yıl sonra söylediği gibi hem cezai hem de sivil saldırılar, kurbana tazminat ödenmesini gerektirir ancak suç, haksız fiilin aksine yasaya karşı gelme olduğu için *yasanın ihlalinin bedeli olarak* sadece onarma değil ceza da öngörülmelidir.[41]

Bu genellikle "ödetici" adalet olarak adlandırılmaktadır zira yasanın ihlali nedeniyle bir "ödeme" yapılmasına; "vergi almaya" dayanmaktadır. ABD'de ödetici adalet teorisi sıklıkla yasanın intikamından ziyade -ki, bu başka bir meseledir, kurbanın intikamının alınmasıyla ilişkilendirilmektedir. Ben ilkini "genel cezalandırma" ikincisini "özel cezalandırma" olarak adlandırıyorum. Tarihsel olarak, Papalık Devrimi'nin ardından Batılı insan, ceza hukukunun temel gerekçesi olarak genel cezalandırmanın (yasanın intikamının) yerine özel cezalandırmanın (kurbanın intikamının) ikamesini deneyimlemiştir. Ancak "genel cezalandırma" ibaresi, değişimin derinliğine halel getirmemektedir. Kefaret öğretisi, cezalandırma ve intikam fikrine başka boyutlar eklemiştir. Bir yandan yasayı ihlal eden günahkârın, gerçekte, sadece bir günahkâr değil bir suçlu, yasaya itaat etmeyen kimse olduğu görülmüş ve bu nedenle tövbe etmekle değil, yasayı ihlal ettiği için bir bedel ödemekle de sorumlu olduğu düşünülmüştür. Ancak öte yandan yasayı ihlal edenin; suçlunun bir günahkâr olduğu, gerçekte suçunun sadece yasayı ihlal etmeyi değil fakat aynı zamanda ve daha önemlisi bilerek kötülüğü seçmeyi içerdiği de düşünülmüştür. Böylece, suçlunun eyleminin ahlaki (ya da ahlaksız) davranışının niteliği; yani eylemi gerçekleştirdiği zamandaki ruh hali vurgulanmıştır.

Suçun günahla ve cezanın kefaretle ilişkilendirilmesi, aynı zamanda suçluya ya da günahkâra; kendisini suçlayanlarla, yar-

---

[41] Bkz. St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, pt. II-II, qu. 62, arts. 3, 6.

gıçlarıyla ve diğer Hıristiyan dostlarıyla karşılıklı olarak bir haysiyet kazandırmıştır. Zira onlar da günahkârdır; onlar da Araf'taki azaba ve cennetin krallığına kabule aynı ölçüde adaydır. Ahlaki üstünlük unsurunun hafifletilmesi genellikle cezalandırıcı adalet teorisine eşlik etmektedir. Örneğin, cellâdın, cezalandırılan kimsenin son anında dizüstü çökmesi ve az sonra işleyeceği günah için bağışlanmayı dilemesi gerekmektedir. Böylece her ne kadar suçun günahla ilişkilendirilmesi, suçlu açısından Tanrı'ya karşı sınırsız bir sorumluluk doğurduysa da günahın yasaya itaat edenler dâhil toplumun tüm üyelerine atfedilmesi, bir şekilde ceza hukukunun bir bileşeni olan kendince haklı öfkeye verilen önemi azaltmaya yaramıştır.[42] Zira bütün Hıristiyanlar, ortak günahkâr bir insanlığın üyesiydi.

Hukuki işlemlere katılanların hepsinin ahlaki eşitliğine duyulan inanç, zanlının ruh halini bilimsel olarak araştırılması için bir zemin oluşturmuştur. *Concerning True and False Penance* adlı risalesinde yazar, bir insanı sorgulayan bir yargıcın, kendisini; onun kendisinden bile saklamayı dilediği gerçekleri ortaya çıkaracak ustaca bir sorgulamayla ne bildiğini anlamak ve gün ışığına çıkarmak için zanlının yerine koyması gerektiğini söyleyen dikkate değer bir teori geliştirmiştir.

> Her kim diğerini yargılarsa... kendisini mahkûm eder. Bu nedenle bırakın kendisini bilsin ve diğerlerini suçlamaktan kendini kurtarsın. Bırakın ilk taşı günahsız olan atsın (Yuhanna 8:7) ... hiç günahı olmayan hepsinin suçlu olduğunu anlayacaktır... Bırakın ruhani yargıç (yani kilisenin yargıcı) kendisini bilimle donatmadığı için adil olmama korkusuyla gözünü açık tutsun. Bu onun neyi yargılayacağını bilmesi gerektiğine denk düşmektedir. Bu nedenle dikkatli bir soruşturmacı, mahir bir araştırmacı akıllıca ve neredeyse kurnazlıkla günahkârın belki kendisinin bile bilmediği ya da utandığı için saklamayı dilediği günahlarını sorgular.[43]

Nihayet, kefaret öğretisi; insanın doğasına ve kaderine, kurtuluş çabasına, ahlaki özgürlüğüne ve yeryüzünde ilahi iradenin yansıması olacak bir toplum yaratmasına ilişkin bir yasayı ihlal

[42] Bkz. Svend Ranulf, *Moral Indignation and Middle Class Psychology* (New York, 1964).

[43] *De Vera et Falsa Poenitentia*, chap. 20, Migne, *PL* 40.1129-30.

eden kimseye mahkeme tarafından verilen ceza ile bağını kurarak beşerî adalete evrensel bir önem kazandırmıştır. Burada, Yahudilik'te yer alan Tanrı ile seçilmiş halkı arasındaki anlaşma ile dikkat çekici benzerlikler bulunmaktaydı. On Emir ve Kutsal Kitap'a dayanan çok sayıda yasa bu anlaşmadan doğmuştur. Bu yasaların her biri kutsaldı; her ihlal anlaşmanın ihlaliydi. Batılı kefaret anlayışıyla Tanrı şimdi hem beşerî hem de ilahi olanı temsil eden Tanrı-İnsan nezdinde bütün insanlıkla yeni bir anlaşma yapmıştı. Bu yeni anlaşmayla her ne kadar Kutsal Kitabın yasaları ilga olsa da insanın günahkârlığı İsa'nın fedakârlığı ile silinmişti. Bu andan itibaren vaftiz edilmiş Hıristiyanlar, yasaya ihtiyaç duymadan adil bir hayat sürebileceklerdi. Yine de bu yeni keşfedilmiş lûtfa rağmen bilerek ve isteyerek kötülüğü seçtiler. Bu nedenle yeni bir yasaya, eskisi gibi kutsal olmayan ama On Emir'den ve Kutsal Kitap'ta yer alan diğer emirlerden esinlenen beşerî hukuka ihtiyaç duyuldu. Beşerî hukuk, ölümsüz ruhların yargısını Tanrı'nın kutsal adaletine bırakarak yeryüzündeki insanları yargılayacaktı. Yine de insanların ruhlarının sonsuz kaderleri için hazırlanmasını sağlamak beşerî hukukun göreviydi. Tanrı'nın temsilcileri olarak ruhbanların yeryüzündeki görevi sadece kefaret ayinleri dâhil olmak üzere ibadeti yöneterek ruhları korumak değil fakat aynı zamanda kilisenin yasalarını yürürlüğe sokmak ve uygulamak ile seküler yasaların yürürlüğe sokulması ve uygulanması için iş birliği yapmaktı. Bu yasalar ister kilisenin yasaları olsun ister seküler yasalar olsunlar ilahi değildi, beşerîydi ve bu nedenle de ilahi iradeyi yansıtmıyordu ve nihai bir geçerlilikleri yoktu. Bu yüzden -nihai geçerliliğin intikamını almak için- ihlaller cezalandırılmak zorundaydı. "Yasa, verdiği sözü tutmalıydı".[44]

Suçlara İlişkin Kanon Hukuku

Yeni teoloji, on birinci ve on ikinci yüzyılların kanon hukukçuları tarafından yaratılan yeni bir ceza hukuku sistemini yansıtmaktadır. Bu hukuk Batı Kilisesi'ne hâkim olan "Tanrı'nın hukukundan", yani kefaret hukukundan olduğu kadar kabilesel, yerel, feodal hukuk ile kraliyet ve imparatorluk hukuk düzenle-

---

[44] Bu ifade Yargıç Oliver Wendell Holmes'ün idam edilmek üzere olan bir suçluya ilişkin söylediklerine atıfta bulunmaktadır. Bkz. Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York, 1974), s. 168, n. 18.

rinde kefaret hukukunun yanı sıra geçerli olan "dünyevi hukuk"tan ("beşerî hukuk") özünde farklıdır.

Daha önceki zamanlarda "suç" ve "günah" sözcükleri birbirlerinin yerine kullanılıyordu. Genel olarak söylemek gerekirse sadece bütün suçlar günah değildi aynı zamanda bütün günahlar suçtu. Bir yandan kilisenin kurallarına göre kefareti ödenecek saldırıların doğası ile öte yandan yerel ve feodal meclislerin yahut krallığın ya da imparatorluğun usullerine göre akrabalar arası müzakerelerle (ya da kan davası ile) çözümlenecek saldırıların doğası arasında keskin bir yarım yapılmamıştı. Beşerî hukukun cinayet, soygun gibi diğer büyük ihlalleri aynı zamanda Tanrı'nın hukukunun ihlal edilmesi olarak düşünülüyordu; buna karşılık Tanrı'nın hukukunun cinsel saldırılar, evliliğe ilişkin suçlar, cadılık ve büyü, kutsal şeylere saygısızlık ve diğer büyük ihlalleri aynı zamanda beşerî hukukun ihlali olarak değerlendiriliyordu. Ruhbanlar, seküler yargılamalarda baskın bir rol oynuyordu ve krallığın ya da imparatorluğun üstün otoritesinin kutsal ya da dinî bir karakterinin olduğu düşünülüyordu. Ne var ki, kilise bünyesinde, suçların yargılanmasına ilişkin Papalık Devrimi'nden sonra geliştirilen gibi düzenli bir sistem bulunmuyordu. Kilise'nin kefaret sistemi, esas olarak yerel rahip ve keşişler tarafından yürütülüyordu ve onların amaçları da cezalandırmak değil ama ruhları kurtarmak, ahlaki yaşamı onarmak ve Tanrı'yla doğru bir ilişkinin yeniden kurulmasını sağlamaktı. Benzer biçimde seküler müeyyidelerin öncelikli amacı cezalandırmak değil fakat itibarın kazandırılması, uzlaşma ve barışın tesisiydi.

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda, ilk defa günah ile suç arasında keskin bir ayrım yapıldı. Bu kısmen kilise hiyerarşisinin seküler otoritelerin günahlar üzerindeki yargı yetkisini kaldırmayı başardığı için olmuştu; böylece de "seküler" sözcüğü umulmadık biçimde yeni bir anlam kazanmıştır. Krallık otoritesi tarafından yahut diğer "lâik" makamlar tarafından cezalandırılabilen herhangi bir eylem, bu andan sonra bir günah olarak, yani Tanrı'nın hukukunun ihlali olarak değil, seküler hukukun ihlali olarak cezalandırılmıştır. Seküler bir otorite soygun nedeniyle ceza verdiğinde; bu huzurun bozulmasının, mülkiyetin korunmasının ve topluma karşı bir saldırının cezalandırılmasıydı. Bu dünyada sadece kilisenin günahları cezalandırma yetkisinin olduğu söylenmeye başlamıştı; böylece umulmadık biçimde "kilise" sözcüğü, "hiyerarşi", "bu dünyada", "yargı yetki-

si" ve "günahların cezalandırılması" gibi terimlerle ilişkili yeni bir anlam kazanmıştır.

Ne var ki, kilisenin yargı yetkisi ile seküler yargı yetkisi arasında yapılan ayrımın en büyük istisnası kâfirlere uygulanan hukuku içermekteydi. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda, daha önceleri ruhani bir saldırı olan ve aforozla cezalandırılan sapkınlık, ihanetle cezalandırılan hukuki bir saldırı haline gelmiştir. Engizisyonun usulleri ilk defa sapkınlığı ortaya çıkarmak için kullanılmış ve ilk defa bu suç için ölüm cezası uygulanmıştır. Bunun suç ayılmasındaki ana fikir, kilisenin dogmalarına aykırılıktı. Eğer zanlı bu dogmalara bağlanmaya dair bir yemin etmeye gönüllü olursa suçsuz bulunurdu ancak eğer sadece işkence veya cebir nedeniyle yemin ettiyse yine de kefarete tabi olurdu. Eğer kişi sapkınlıkta ısrarcı olursa kilise mahkemeleri tarafından kovuşturmaya tabi olur ve cezasının infazı için seküler otoritelere gönderilirdi. Böylece kilise kan dökmekteki isteksizliğini, infazı dolaylı olarak gerçekleştirerek aşmış oluyordu. Bu bir "anomali"ydi ve nihayetinde -on altıncı yüzyılda- bütün "model" çökecekti.

Kilise günahlar üzerindeki otoritesini ikiye ayırmıştı: (1) Kilise'nin "iç mahkemesi"nde yargılanacak olan günahlar; yani bir rahibin özellikle kefaret ayininde *atanmış* olmasının verdiği yetkiye dayanarak yargılama yaptığı günahlar; (2) Kilise'nin "dış mahkeme"de yargılayacağı günahlar, yani kilisenin bir yargıcının *yargı yetkisi* gereği yargılama yaptığı günahlar. Bu sonuncusu, on ikinci yüzyılın kanon hukukçuları tarafından suç oluşturan günahlar, dinî suçlar yahut sadece suçlar olarak adlandırılmıştır. Suç oluşturan bir günah kilisenin hukukunun ihlal edilmesi demekti.

Kilise hukukunun ihlali anlamına gelen suç oluşturan günahlar ilkesi beraberinde zorunlu olarak neyin kilisenin hukukunun ihlali anlamına gelmediğini ve kilisenin mahkemelerinde yargılanamayacağına dair ilkeleri de getirmiştir. Bu on ikinci yüzyılda Peter Lombard'ın şu sözleri ile ifade edilmiştir: "Yasak yok idiyse günah da yoktur".[45] Geçmiş zamanın "idiyse" kullanılması çarpıcıdır. Batı hukuk geleneğinin hukuk felsefesinin uzun ve dolambaçlı yolunun başlangıcı burasıdır; ki on sekizinci yüzyılda

[45] "Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fussiet". Peter Lombard, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, *PL* 192.734.

Aydınlanma ile ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde ifade edilen ilke ile de doruğuna ulaşmıştır. *"Nullum crimen, nulla poena sine lege* - Kanunsuz suç ve ceza olmaz". Başka deyişle daha önce yasa ile tanımlanmayan suç ve ceza olmaz.

Suç oluşturan her günahın kilisenin hukukunun ihlali olması ilkesi zorunlu olarak izlenmemiştir ancak kilise hukukunun ihlali her durumda suç oluşturan bir günahtır. Tanrı'ya karşı işlenmiş bir günahtır. Ancak bütün yasaları ilahi olan bir toplumda her ihlal günahtır. Musevi hukukunun geçerli olduğu eski İsrail'de de durum buydu, Batı Avrupa'nın on birinci yüzyıldan önceki Cermen halkları için de... Akraba gruplarına, yerel topluluğa yahut feodal ilişkilere yöneltilen her saldırı aynı zamanda Tanrı'ya (Hıristiyanlık öncesinde tanrılara) yöneltilmiş bir saldırıydı. Bu, doğaüstü varlıklara başvurulmasının yargılamaların normal biçimi olmasında görülebilir -genellikle törensel bir yemin ya da işkence ile sorgulama. Ruhban işe karıştığında ise ayin, yardıma çağrılan ilahi bir yargıcın önünde gerçekleştirilmek zorunda kalmıştır. "Günah" ve "suç" sözcükleri hem "dünyevi hukuk" hem de "ilahi hukuk"ta birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Ancak on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda, Batı Avrupalı teologlar ve hukukçular, yalnız Tanrı'ya karşı işlenen ve yalnız Tanrı tarafından yargılanabilecek günahlar -örneğin arzu ve düşünce kaynaklı gizli günahlar- ile aynı zamanda kiliseye karşı işlenen ve tüzel bir kişilik, siyasi-dinî bir kurum olarak görülen kilisenin kendi mahkemeleri aracılığıyla yargılayabileceği günahlar arasında ayrım yapmıştır. Suç oluşturan günahlar, diğer günahlardan; ilahi hukukun bizzat Tanrı tarafından onun temsilcisi olarak hareket eden rahipleri aracılığıyla uyguladığı ilkelerinden ziyade kilisenin yargıçları tarafından, kilisenin yargı yetkisi dâhilinde kilise hukukunun ilkelerinin uygulanmasıyla ölçülen kötülükleri, yani Tanrı'ya karşı olan çirkinlikleri nedeniyle ayrılmıştır.

Kilise'nin birkaç on yıl önce kanon hukuku biliminin büyük kurucusu Gratianus tarafından daha detaylı olarak formüle edilmiş olan yeni ceza hukukunun temelleri, Abelardus'un *Ethics* adlı eserinde bulunmaktadır.[46] Abelardus, bir günahın kilise

---

[46] Peter Abelard, *Ethica, seu Scito Te Ipsum,* chaps. 5-7, 12, Migne, *PL* 178.647-653; D.E. Luscombe, ed., *Peter Abelard's Ethics* (Oxford, 1971), ss. 38-49, 55. Bkz. Stephen Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Grtaian bis auf die Dekretalen Gregors IX* (Vatican City, 1935), ss. 4-6, 19-20. Gratianus üzerine bkz. Kuttner "The Father of the Science of Canon Law", *Jurist,* 1 (1941), 2. Gratianus'un abidevi eseri *Concordia Dis-*

mahkemelerince görülebilmesi için üç şartın gerektiğini ileri sürmüştür.

Birincisi, büyük bir günah olmalıdır. Günahın ağırlığını belirlerken başlangıç noktası, ölümcül günahlarla (sözcüğün tam anlamıyla ölümün dâhil olduğu günahlar, ruhani ölüm) bağışlanabilir günahlar (mazur görülebilir günahlar, hafif günahlar) arasında yapılan geleneksel ayrımdı. On ikinci yüzyılın kanon hukukçuları Abelardus'u izleyerek sadece ölümcül bir günahın suç oluşturabileceğini ancak bütün ölümcül günahların da suç oluşturmayacağını; ölümcül günahlardan sadece işlendikleri koşullarda kilisenin emirleri üzerine cezai müeyyide gerektirecek ağırlıkta olanların suç oluşturduğunu söylemişlerdir. Örneğin açgözlülük bir ölümcül günahtır ancak açgözlülüğün bir olayda ceza kovuşturmasını gerektirmesi için sıradan bir açgözlülükten daha fazlası olmalıdır.

İkincisi, günah harici bir edimle dışavurulmuş olmalıdır. Günahkâr düşünce ve arzular Tanrı tarafından cezalandırılabilir ve Abelardus'un deyimiyle, kilisenin günah çıkarma dâhil olmak üzere kefaret ayinindeki "cennetin mahkemesinde" yargılanabilir. Ancak bunlar "dünyevi mahkemede"; yani bir kilise mahkemesinde yargılanamaz. Abelardus, bunu şöyle ortaya koymaktadır; insanların zihinlerinin ve kalplerinin içini sadece Tanrı görebilir, insanlarsa ancak haricî olarak sergilenen davranışları yargılayabilir. Evrensel olarak kabul gören bu görüşe göre "Kilise gizli meseleleri yargılamaz". Bu da kanon hukukunun -nihayetinde Batı'nın seküler sistemlerinin de kuralı haline gelen- bir suça sadece hazırlığın (suçu işlemeye yönelik araçlar temin edilmiş olsa bile) cezalandırılamayacağına; en azından suç oluşturan davranışı oluşturan bir teşebbüsün olması gerektiğine ilişkin kuralının doğmasını sağlamıştır. Bu kuralın iki çarpıcı istisnası bulunmaktadır; ihanet ve sapkınlık.

Kanon hukukçuları, dışsal bir davranışın suç oluşturabilmesi için gereken kasıt türlerini ve illiyet bağının çeşitlerini de tanımlamışlardır. Kanon hukukçuları ayrıca "doğrudan kasıt" (fail eyleminin suç oluşturacağını bilir, örneğin cinayette amaçla sonuç

---

cordantium Canonum genellikle kanon hukukunun teolojiden ilk kez ayrıldığı eser olarak bilinmektedir. Bu "uygulamalı zahiri teoloji"nin *(theologia practica externa)* Bologna'daki hocası olan Keşiş Gratianus'un ilgi alanıdır. Bkz. Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgescichte*, I (Weimar, 1950), 228. Gratianus, Anselmus'tan hayli etkilenen Abelardus'tan hayli etkilenmiştir.

örtüşmektedir) ile "olası kasıt" (fail eyleminin sonucunda suç oluşabileceğini bilir ama asıl amacı o suçu işlemek değildir, örneğin kaçmaya çalışırken bekçinin öldürülmesi) arasında da ayrım yapmışlardır. Kanon hukukçuları ayrıca "kasıt" (her türü) ile "taksir"i de (fail eyleminin suç oluşturacağını bilmez ama biraz özenli olsaydı öngörebilirdi) ayırmıştır. İlliyet bağına ilişkin olarak "dolaylı sebep" (*causae remotae*) ve "doğrudan sebep" (*causae proximae*) arasında da ayrım yapmışlardır. Kanon hukukçuları sebepleri araştırırken karmaşık fiili ya da farazi davaları tartışmışlardır. Örneğin, bir rahip refakatçisine, onu korkutma niyetiyle bir taş fırlatır, refakatçi taştan korunmaya çalışırken bir kayaya çarpar ve fena yaralanır, efendisinin ve doktorun ihmali nedeniyle ölür. Bu durumda taşın fırlatılması ölümün doğrudan sebebi midir? Kanon hukukçularının tartışmalarında böyle sayısız örnek mevcuttur. Herhangi bir modern Batı hukuk sistemindeki öğrenciler, suç oluşturan fiillerin tahlilinde kasıt ve taksir arasında yapılan ayrıma ve çeşitli kasıt biçimleri ile illiyet bağının türlerine dair tartışmalara aşinadır.

Üçüncüsü, Abelardus'a ve onu izleyen kanon hukukçularına göre, eylem kiliseyi sinirlendirmeli; kilise yönetimi açısından bir "skandal" olmalıdır. Hukuk, ahlaki olarak kötü olan fiilleri bile uygulanan hukukuna göre topluma zarar vermedikçe cezalandırmamalıdır. Bu da hayli modern görünmektedir.[47] Böylece kanon hukukçuları, örneğin bir sözden dönmeyi ahlaken kınanabilir olsa bile kilisenin cezai müeyyidesini gerektirecek ölçüde can sıkıcı bulmamışlardır.

Yeni kanon ceza hukukunda modern olan sadece suçun belirlenmesinde dışsal göstergelerden yararlanılması (bu bir suç mudur? suçu zanlı işlemiştir?) değil fakat aynı zamanda zanlının

---

[47] Modern ceza hukuku sistemlerinde genellikle bir eylemin cezalandırılabilmesi için toplumun korunmasını istediği bir çıkara zarar vermesi gerekmektedir. Sovyet ceza hukuku sistemi, suçluluğu "sosyal tehlike"ye dayanan bir eylem olarak kabul ederek diğerlerinden daha da ileri gitmiştir. Bu kanon hukukçularının bir eylemin dinî nitelikte bir suç olması için kiliseye karşı bir *scandalum* oluşturması gerektiği düşüncesine benzemektedir. Eğer sosyal tehlike (ya da *scandalum*) kendiliğinden sosyal bir zarara yol açıyorsa, sosyal *tehlike* (ihlal) terminolojisinde bir eylemin cezalandırılabilmesi için özel bir kusur ya da meziyete yer yoktur. Eğer zarara yol açabilecek bir *eğilim* eylemin cezalandırılması için yeterliyse (ya da toplumun canının sıkılacağı algısı), şu soru doğmaktadır; ceza hukukunun müdahalesi meşru mudur? Bkz. Harold J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR*, 2nd ed. (Cambridge, Mass., 1972), ss. 21, 37.

günahkârlığının tartılmasıdır. Abelardus, günahkârlık meselesini çözme girişiminde haleflerinden daha ileri gitmiş; günahın ağırlığının dışsal göstergelerden yola çıkılarak tahmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başka deyişle, Abelardus'un görüşüne göre, kilise mahkemesi; soruşturma zanlının kilise hukukunu neden ihlal ettiğini belirlemek için gerekli değilse; yani zanlının davranışının yeterince ahlak dışı olup olmadığını, kiliseye suç oluşturacak denli zarar verip vermediğini, eyleminin suç sayılması için gereken kastı taşıyıp taşımadığını, illiyet bağı için gereken şartların olup olmadığını ve suçu oluşturan diğer yasal şartların olup olmadığını belirlemek için zorunlu değilse; spesifik olarak zanlının tavırlarını, motivasyonunu ve kişiliğini sorgulamamalıdır. Zanlının sadece Tanrı tarafından bilinebilecek olan günahkâr zihni (tavırları), duyguları (motivasyonu) ve ruhu (kişiliği), kilise mahkemesi tarafından ancak dışsal işaretlerle bilinebilir. Abelardus bu nedenle mahkemenin dışsal işaretleri inceleyebileceğini ileri sürmüştür. Stephan Kuttner, bu akıl yürütmenin Abelardus'u suç kavramını günahtan tümüyle arındırmaya ve teolojiden tümüyle arî (*theologiefrei*) kılmaya yöneltebileceğine ancak Abelardus'un böylesi bir suç kavramına ulaşmak için gerekli son adımı atmadığına işaret etmektedir.[48] Bunun yerine Abelardus, kesin karineden; yani günahla suç arasındaki boşluğu kapatan bir kurgudan, bir köprüden yararlanmıştır. Abelardus, dünyevi yargıçların ulaşabildiği sınamaların, bütün sınırlılıklarına rağmen tahminen Tanrı tarafından ulaşılacak sonuca yaklaştıracağını söyler ve ona göre böylesi bir yaklaşmadan daha fazlasını aramak nafiledir.

Abelardus'un günahkârlığın sadece tahmin edilebileceği ve tahmin edildiği bu nedenle de ihmal edilebileceği görüşü, kilise tarafından reddedilmiştir.[49] Kanon hukukçuları hepsinden öte

---

[48] Bkz. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, s. 189.

[49] Abelardus'un günaha ilişkin düşünceleri 1140 yılındaki Sens Konsülü'nde Papa III. Innocent tarafından lanetlenmiştir. Bkz. Luscombe, *Peter Abelard's Ethics*, ss. 9n, 15n, 21n, 24n, 38n, 46n, 63n, 126n. Ne var ki bu lanetleme, bağlamdan çıkarılan ya da abartılan münferit önermelere yönelikti. Abelardus'un temel katkısı, yani bir davranışın ahlaken iyi ya da kötü olduğunun belirlenmesinde niyetin bir etken olarak dikkate alınması kanon hukukunda da kabul edilmişti. Bu nedenle de eğer bir cellât bir adamı yasaya itaat ederek asıyorsa günah işlemiş sayılmaz ancak kişisel husumeti nedeniyle asıyorsa o zaman günah işlemiş olur. (Kanon hukukçuları, niyetten bağımsız olarak günah sayılan eylemleri tarif etmek için *malum in se* (özünde kötü) kategorisini icat etmiştir. Ancak bu eylemlerde niyet de zaten her

Tanrı'ya karşı davranışları ölçmekle meşgul olmuşlardır. "Dışsal göstergeleri", amaca ulaşmak için gereken Tanrı vergisi araçlar olarak görmüşler ancak dışsal göstergeleri geçerek spesifik olarak zanlının zihnini, duygularını ve ruhunu soruşturmuşlardır. Kanon hukukçuları, kilise hukukunun, cennetin mahkemesinde değil kilisenin dünyevi mahkemesinde uygulanabilir olduğunun ve bu nedenle tarafsızlık ve genellik ölçütlerine göre davranmaları gerektiğinin farkındadır. Bununla beraber bu ölçütler ile ilahi adalet arasında özsel bir çatışma değil, temel bir uyum görmüşlerdir. Tanrı'nın kendi usullerinin olduğu kavramlaştırmalarını izleyerek *hem* zanlının yasayı ihlal eden ve ahlaken ve toplumsal olarak saldırgan eylemini kasten gerçekleştirip gerçekleştirmediğini; *hem de* ne ölçüde ahlaksız bir zihin, kalp ve ruhun ifşa olduğunu belirlemekle ilgilenmişlerdir.

Soruşturmanın iki türü, gerçekte ayrı değildi. Davranışı değerlendirmek için failin niyetini tahlil etmek gerekliydi. Bu da failin irade özgürlüğünün araştırılmasına neden oluyordu. Kanon hukukçuları, bugün bütün Batı hukuk sistemlerinin aşina olduğu kuralları geliştirmişti. Buna göre bir kişi o eylemi gerçekleştirdiğinde, (1) içinde bulunduğu durum itibarıyla yaptığının yanlış olduğunu bilemeyecek olması ve (2) kendisini içinde bulunduğu duruma kendi kusuruyla düşmemiş olması şartıyla (örneğin bi-

---

zaman kötüdür.) Abelardus'un günaha yatkınlık ile günah işlemeye içsel bir razı oluş arasında yaptığı ayrım da kabul görmüştür. Kötülüğe yatkınlık der Abelardus, zorunlu olarak ilahi iradenin yok sayılması ya da hor görülmesini içermez. Ne var ki, der Abelardus, dışarıya yansıyan bir eylem olmadıkça, öte dünyanın kilise mahkemelerinde cezalandırılacak olan bir günah işleme niyeti ya da kararı bir mahkeme tarafından cezalandırılamaz (bu da kanon hukukçuları tarafından tümüyle değilse de büyük ölçüde kabul edilmiştir). Abelardus, bu dünyada cezalandırılacak olanın günahın kendisinden ziyade günahın sonuçları olduğunu belirtmektedir. Bu sadece metinde gösterildiği gibi kusura ilişkin daha yüksek bir ilkenin konmasına değil, aynı zamanda dünyevi değerlendirmelerin daha sert muamele görmesine de yol açmıştır. Buna göre çocuğunu ihmal sonucu öldüren bir anne ağır bir ceza almalıdır "yaptığı yanlış nedeniyle değil, kendisi ve başka kadınlar böylesi durumlarda daha dikkatli davransınlar diye". Benzer biçimde herkesçe bilinen hafif günahlar, bilinmeyen büyük günahlardan daha ağır cezalandırılmalıdır ki diğerleri günah işlemeye meyletmesin. "Zira topluluğu zedeleyen veya kamusal zarar veren davranışlar daha ağır cezalandırılmalıdır... insanlarda yol açtığı *scandalum* ne kadar büyükse insanlar arasında maruz kaldığı ve kalacağı ceza o kadar ağır olmalıdır, küçük bir hata sebebiyle olsa bile... Kamusal zararın önlenmesi için ortak yararın güvencelenmesine gelince daha önce dediğimiz gibi bu yargılama usulleri adaletin gerekleri ile yönetimin pratikleri ile olduğu kadar uyumlu değildir". Ibid., ss. 38-39, 42-43, 44-45.

lerek sarhoş olmamışsa); aklını yitirmişse, uyku halindeyse, sarhoşsa veya hata yapmışsa cezai sorumluluktan kurtulabilirdi. Açıktır ki, zanlının irade özgürlüğüne; onun içinde bulunduğu duruma kendi kusuru ile düşüp düşmediğine, eyleminin ahlaken kötü, toplumsal olarak zararlı ve yasadışı olduğunun farkında olup olmadığına dair bir soruşturma, en azından failin kişiliğinin tümüyle araştırılması ile bağdaşabilir. Niyete ve farkındalığa dair böylesi bir soruşturmanın tavır, motivasyon ve kişiliğe dair sorulara uzanması neredeyse kaçınılmazdır. Kanon hukukçularının bakış açısından bu hayli kabul edilebilirdi zira bir kere seküler ve dinî ceza hukuku ayrıldığında, sadece eylemin suç niteliğini değil failin günahkârlığını gerekçelendirecek olan, suç oluşturan günahları yargılama yetkisine sahip olan kiliseydi.

Kanon hukukundaki günahla suçun yakın ilişkisi, on ikinci yüzyılda, fiillerin sistematik biçimde gerekçelendirilmesine ve mazur görülmesine ilişkin olarak geliştirilen ilk kurallarda da belirgindir. Bir kimsenin kasten bir başkasına saldırmasının, meşru müdafaa veya başkalarının müdafaası ya da kişinin yetkisini kullanması yahut da yaş ve benzeri yetersizlikler yüzünden cezai sorumluluğunun olmaması nedeniyle mazur görülebileceği kabul ediliyordu. Tam da bu noktada kısmen Iustinianus'un metinlerine dayanan kanon hukukçuları, sebepleri modern olmasa da, modern ceza hukukunu yaratmıştı. Onların her şeyden öte meşgul olduğu mesele suç değil günahtı.[50] Yine eylemlerin gerekçelendirilmesinin ve mazur görülmesinin değerlendirilmesi motivasyonun, tavırların ve kişiliğin araştırılmasının değerlendirilmesiyle birleşmiştir.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda geniş ölçüde tartışılan bir dava, bu tartışmaları aydınlatabilir. Soyguncular, bir manastıra girmiş, iki keşişi yere sermiş ve onların kıyafetlerini çalmıştı. Keşişler kendilerine gelmiş, güçlerini kazanarak soyguncuları etkisiz hale getirmiş ve soyguncuları bağlamıştı. Kişilerden birisi, diğerini soyguncuların başında muhafız olarak bırakıp bilgilendirmek için manastırın yöneticisine gitti. Ancak soyguncular kendilerini kurtarmıştı ve muhafız olarak kalan keşiş, soyguncular tarafından öldürülmemek için onları öldürdü. Dava on ikinci

[50] Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre,* ss. 25-28'de bu husus üzerinde gider gelir. Bu önermenin geçerliliğine dair metindeki en iyi kanıt *contemptus*'a ilişkin yoğun değinmedir. Bkz. 50. dipnottaki tartışma.

yüzyılın ünlü hukukçu papası III. Alexander'a götürüldü; III. Alexander, soyguncuları hem bağlamanın hem de öldürmenin suç oluşturan günahlar olduğunu belirtti. Keşişler, keşiş oldukları için kendilerinden beklenen alçak gönüllülüğe ve kilise disiplinine aykırı davranmıştı. İsa'nın "bir adam sizin ceketinizi alıyorsa, paltonuzu almasına da izin vermelisiniz" talimatını da yok saymışlardı. Kuttner'a göre "Pek çok kanon hukukçusu, bu Papalık hükmünü, Evangelist bir olgunluğa ulaşmak için gayret edenlerin (keşişler gibi) bir hırsızı öldürmesinin ya da mallarını korumak için silahlanma haklarının yahut genel olarak meşru müdafaa için kuvvet kullanmalarının kabul edilebilirliğine karşı bir argüman olarak ileri sürmüştür. Yine de Alexander'ın kararını olayın somut koşullarına göre ve genel meşru müdafaa öğretisine göre yorumlamak ve meseleyi bir hırsızın öldürülmesi meselesi (ve bunun gerekçelendirilmesi) olarak ele almamak daha doğru olabilirdi. İkinci keşiş, soygunculara mallarını korumak için canını kurtarmak için saldırmıştı... (Ancak) meşru müdafaanın bu duruma gelmesine yol açan soyguncuların daha önce bağlanmış olmasıydı, kabul edilemez olan buydu zira soyguncular çoktan etkisiz hale getirilmişti ve keşişler onlardan başka bir yolla uzaklaşabilirdi. Bu nedenle soyguncuların bağlanması ... meşru müdafaa nedeniyle öldürmeden önce gelen suç; *culpa praecedens* olarak görülebilirdi. İşte Alexander'ın kararı genel meşru müdafaa (meşru müdafaanın önceliği) öğretisine uygun hale getirilmişti".[51]

Bu dava, kanon hukukunda suç ile günah arasındaki; yani kilisenin hukuk düzenine karşı işlenen suçlarla Tanrı'ya karşı işlenen suçlar arasındaki yakın bağlantının bir örneğidir. Bir ceza hukuku meselesi olarak bir insanın diğerini başkalarının hayatını korumak için öldürmesine izin veren kural, günaha atıfta bulunulmadan gerekçelendirilebilirdi. Benzer biçimde bir insanın mallarını korumak için diğerini öldürmesine izin vermeyen ama cezai sorumsuzluk halinde mallarını korumak için cinayet işlenmesine izin veren bir kural da gerekçelendirilebilirdi. Papa III. Alexander'ın kararı, iki ek unsuru daha ortaya koymuştur.

Birincisi, katil bir ruhban, aslında bir keşiştir. Bir ruhbanın işlediği bir suçun aynı suçu işleyen bir lâik için olduğundan daha büyük bir günah olması Kanon hukukunun katı ilkelerinden bi-

---

[51] Ibid., ss. 377-379.

risidir. Dahası bir keşiş sıradan bir ruhban değil fakat "bu dünyada ölü" olan kusursuz bir hayatın sorumluluğunu üstlenen birisidir. Bu nedenle de daha yüksek standartlarla bağlıdır.

İkincisi, bir kimsenin hayatını savunmak için cinayet işlenmesinin gerekçelendirilmesi kanon hukukçuları tarafından ortaya konan önemli bir şarta tabidir. Kişinin, hayatına yönelen tehditten ancak şiddete başvurarak kurtulabileceği duruma kendi kusuruyla düşmemiş olması gerekmektedir. Bu yasal terimlerle "önceki suç" olarak görülebilirdi ancak hukuki kurgu açıktı. Zira iddia edilen suç, sonradan yapılan saldırıda kişinin kusurunun olmasından ziyade kabul edilebilir meşru müdafaa sınırlarının aşılarak cinayet işlenmiş olmasıdır. Bir kimsenin sarhoşken birisini öldürmesi halinde, isteyerek sarhoş olduğu için mazur görülemeyeceği ve cinayetten sorumlu tutulacağı kuralı ile bir analoji kurulabilir. Dışsal göstergelere bakılarak hüküm verildiğinde, kasten cinayet nedeniyle değil sarhoş olarak kendinden geçebileceğini ve birisini öldürebileceğini bildiği halde isteyerek sarhoş olması nedeniyle sorumludur. Eğer kişi kurgusal olarak, öldürme niyeti taşımadığı halde kasten cinayetten mahkûm olursa, eylemi; ortadaki "gerçek suç"un sarhoşluk günahının işlenmesi olduğu söylenerek gerekçelendirilebilir.

Kanon hukukçuları, günahın hukukiliğini; yasal suçlardan yani suçluluğa ilişkin tahlillere içkin suçun ağırlığı, işleme niyeti, doğrudan nedensellik gibi meselelerden ayırmak için bir sözcük icat etmişlerdir. Suçluluk ("*guilt*") sözcüğünü Roma hukuku terimi olan *culpa* sözcüğünden almışlardır. Ancak suç oluşturan bir günah işleyen bir kimsenin günahkârlığının niteliğini hiç tanımlamadıkları yeni bir sözcükle tarif etmişlerdir; *contempus.* Sözcük; teşebbüs, tahkir, meydan okuma, inatçılık, küstahlık ya da karşıt bakış açısından gurur veya kendini yüceltme anlamına gelmektedir. Böylece Âdem'in günahı, kendisini Tanrı'yı hâkir gören bir meydan okumayla ortaya koyan bir kendini yüceltmeydi.[52]

Kanon hukukçuları, ceza sorumluluğunun sübjektif unsurlarını vurgularken daha evvel Roma hukuk bilimi tarafından yapılan ayrımları kullanmıştır ancak bunları karmaşık ve detaylı biçimde açıkça ortaya konmuş kavramlar olarak geliştirmişlerdir. *Imputabilitas* (isnat kabiliyeti), *culpa* ("suç" ya da "kabahat") ve *dolus* ("kötü niyet", "kasıt") gibi Roma hukuku terimleri, failin

---

[52] Ibid., 28-38.

ruh haline göre sistematik olarak tahlil edilmiş (sübjektif unsur) ve eylemin koşulları detaylandırılmıştır (objektif unsur). Roma hukuku ise, aksine, özellikle daha erken dönemlerinde ve aynı zamanda Iustinianus zamanında spesifik suç eylemlerinin ahlaki niteliği ile büyük ölçüde meşgul olmamıştır; daha ziyade bugün çıkarların korunması ya da yönetime uyulmasını sağlamakla meşgul olmuştur. Roma hukukunun ceza hükümlerinden pek çoğu mülkiyete, sözleşmeye ve haksız fiile ilişkin kurallardan kıyas yoluyla çıkarılmıştır. Post-klasik dönemde, imparatorluk yükselirken, cezaların sertliği gibi imparatorluğun cezalarının uygulanabileceği kötü davranışlar da artmıştır. Yine de ahlaksızlığın (günahın) cezalandırılmasına verilen önem bu gelişmeyle birlikte artmamıştır. Ahlaki gazap ve reform, ilk kez Batılı manastırların kefaret uygulamaları ile merkezî bir *hukuki* problem haline gelmiştir. "Günahın koşullarının titiz ve detaylı tahlili... (ve) verili bir davada niyetin ...ve eylemin dışsal koşullarının hassaslıkla araştırılması" on birinci ve on ikinci yüzyıllarda suçun objektif ve sübjektif unsurları öğretisini oluşturan kanon hukukçularının manastırlardaki uygulamasıydı.[53]

Yeni kanon hukukunun hem bütünlüğü hem de karmaşıklığı çarpıcıdır. Burada bir yandan, kilisenin kendi ruhban ordusunu yönetme uygulamasını destekleyen ve açıklayan hem de ahlaki ve ideolojik standartların lâikler arasında da sürdürülmesini sağlayan ceza hukukunun bütünleşik teorisi vardı. Öte yandan burada aynı zamanda, ilahi hukukla (ilahi ceza hukuku dahil) beşerî hukuk; beşerî hukuk ile seküler hukuk ve kilise hukukuyla suç oluşturan günahlardaki suç ve günah arasında keskin ayrımlar vardı. Daha önemlisi hem teorik hem de pratik bakış açısından en yakıcı ayrım, kilisenin kendi ruhban ordusunu yönetirken ve ahlaki ve ideolojik standartların lâikler arasında da sürdürülmesini sağlarken üstlendiği role ilişkindi. Ruhban sınıfı herhangi bir suç için kilise mahkemelerinin yargısına tabiydi. Cinayet, hırsızlık, kundaklama, suikast -gerçekte, ister kabilesel, yerel veya feodal ya da ister kraliyet ve imparatorluk gibi herhangi bir seküler otorite tarafından yasaklanan herhangi bir eylem- bir din adamı tarafından işlendiğinde kilisenin yargı yetkisine giriyordu. Eşzamanlı yargı yetkisine ilişkin bütün teknik so-

---

[53] Gabriel Le Bras, "Canon Law", C.G. Crump and E.F. Jacob, ed., *The Legacy of Middle Ages* (Oxford, 1926) içinde, s. 357.

runlar bir yana, barışın her ciddi ihlali ya bir seküler suçtu ya da ruhban sınıfının bir üyesi tarafından işlenmişse kilisenin hukukuna ilişkin bir suçtu. Kuşkusuz bu, siyasi olarak açıklanabilir; siyasi-hukuki bir varlık olarak kilise memurları üzerinde kontrolü sağlamaya çalışıyordu. Bu aynı zamanda teolojik ve etik yahut daha sonraki çağlarda söyleneceği gibi ideolojik olarak da açıklanabilir; ruhban sınıfı elitleri oluşturuyordu ve bir lâik için sadece barışın ihlali olabilecek bir davranış bir ruhban için daha yüce bir sorumluluğunun ihlali anlamına geliyordu.

Hangi açıklama benimsenirse benimsensin yine de kilise açısından ciddi pratik sorunlar vardı: Cinayet, hırsızlık, kundaklama vb. *tanımı* "seküler" olan suçlar bir ruhban tarafından işlenirse, seküler otoritelere mi bırakılacaktı? Yoksa kilise böylesi suçlar için kendi tanımlarını mı yapacaktı? Bu soruların cevabı suç ile günah arasındaki ilişkinin tahliline başka bir boyut katmıştır. Kilise, belirli seküler suçları tanımlamaya girişmemiştir. Ancak hangi seküler suçların ruhbanlar tarafından işlenmesi halinde suç oluşturan günahlar haline geleceğinin koşullarını kendisi tanımlamıştır. Örneğin, eylem kilise açısından yeterince ahlaki ağırlığa sahipse ve infial yaratıyorsa, kasten yapılmışsa, yasaklanan sonucun doğrudan sebebiyse, meşru müdafaa ve hukuka uygunluk sebeplerinden birisine başvurulamıyorsa, resmî bir yetkinin ya da imtiyazın kullanılması değilse ve *zanlının contemptus'unu gösteriyorsa* kilise, bu koşulları kendisi tanımlamıştır.

Günahkârlığın soruşturulmasında illiyet ve maddiliğin hâlâ önemli olması kilise mahkemelerinin ruhbanlara uyguladığı esas yaptırımların itibarsızlık (yani kiliseye ilişkin makamlardan ve haklardan sürekli mahrum edilme), belirli görevlerden alınma, ayinleri yönetmekten açığa alınma, sadaka verme, zarar görenlerin zararını telafi etme, oruç tutmak ve hacca gitmek gibi ibadetlerin yerine getirilmesi ile en büyük günahlar için aforoz etmek olduğu hatırlandığında daha anlaşılır hale gelecektir. Aforoz etmenin belirli ibadetlere katılımdan mahrum bırakılmaktan kiliseden tümüyle çıkarılmaya uzanan (tümüyle toplum dışına atma anlamına gelen) çeşitli biçimleri vardı. Ancak kilise mahkemesi, aforoz cezasını, zanlı sebep olduğu zararı giderecek çeşitli biçimlerde iyi davranırsa; kurbana tazminat ödemek, yoksullara hediyeler verip hayırsever davranmak ya da kutsal mabetlere hacca gitmek gibi, erteleyebilirdi.

Bu nedenle kilisenin ruhbanlar üzerindeki yargı yetkisi dü-

şünüldüğünde çarpıcı olan kanon ceza hukukunun "günah"la ilişkili kısmından ziyade "suç"la ilişkili kısmıydı.

Kilise'nin ceza yargısı yetkisinin diğer kısmına; yani lâikler üzerindeki yargı yetkisine gelince, kilise kendi olumlayıcı politikasının bir gereği olarak (herhangi bir kendine güvensizliğin sonucu olarak değil), sadece sınırlı bir yetki ileri sürmüştür. Genel olarak söylenirse, lâikler arasındaki şiddet seküler ceza hukuku aracılığıyla denetlenebiliyordu ki hepsinin ötesinde zaten seküler otorite bunun için vardı. Lâikler sadece şu eylem kategorilerinden birisine denk düştüğünde kilisenin mahkemelerinde sorumluydular: Sapkınlık, kutsal şeylere saygısızlık, büyücülük, cadılık, tefecilik, iftira, belirli cinsel ve evliliğe ilişkin suçlar (eşcinsellik, zina vb.), kutsal mekânlara hırsızlık ve benzeri amaçlarla tecavüz ve ruhbanlara saldırı. Başka deyişle, kilise kendi yetkisinin lâiklerin işlediği belirli tiplerdeki suçlar; ahlaki ve ideolojik unsurları güçlü olan ve şiddet içermeyen suçlar kadar ruhbanlara ve kilise mülklerine karşı işlenen şiddet içeren suçlar hakkında geçerli olduğu konusunda ısrarcı olmuştur. Bir kere daha vurgulamak gerekirse, kilisenin yargı yetkisi iddiasının temellerinden önemli birini saldırıdaki günahkârlık unsuru oluşturuyordu

Kilise'nin lâiklere uyguladığı yaptırımlara gelince; bunlar fiziki olmaktan ziyade ahlaki ve ekonomik yaptırımlardı: Sadaka verme, tazminat, oruç tutma, hayır işi ve en son aforoz, ancak aforoz cezası, belli şartlarla; mesela zanlı kurbana tazminat öder, hayırsever işler yapar, ibadetini yerine getirirse gibi, ertelenebilirdi. Gerçekten de telafi ilkesi, kanon hukukunun günahkârlık ilkesi ile uzlaşmasını sağlamıştır. Öyle ki, özellikle kilisenin ekonomik çıkarları zedelendiğinde, suçlularla ilişkili ama masum üçüncü kişilere -mirasçılar, aileler, birlikler, topluluklar gibi- mâli sorumluluk dayatılabiliyordu.

Batı ceza hukuku, adaletin bizatihi kendisine duyulan inançtan doğmuştur, *an sich* [kendi içinde] adalet, bir ihlalin cezalandırılarak bedelinin ödenmesini gerektirir ve cezanın ihlalle orantılı olması gerekir. Çeşitli ihlaller için ödenecek çeşitli bedellerin olduğu -bütün toplumlarda var olan- bir sistemin, kendisini meşrulaştırdığı düşünülmüştü, sistem adaletti; Tanrı'nın adaletinin ta kendisiydi. Bu düşünce on ikinci yüzyıldan itibaren sadece ceza hukukunda değil fakat yeni kanon hukukunun bütün dallarında yansıtılmıştır ve giderek daha fazla bir biçimde de eşzamanlı olarak gelişmeye başlayan seküler hukuk sistemlerinin bü-

tün dallarına yansıtılmıştır. Sözleşmelere uyulması gerektiği, aksi halde sözleşmenin ihlali nedeniyle bir bedel ödenmesi gerektiği söylenmiştir. Haksız fiillere, verilen zarara tekabül eden bir çözüm bulunmalıdır. Mülkiyet hakları, onu ihlal eden tarafından eski haline getirilmelidir. Bu ve benzeri ilkeler, bir hukuk düzeninin farklı türdeki ilke ve değerler üzerine kurulabileceğini hayal etmekte zorlanır hale gelen Batı toplumunun bilincine -gerçekte kutsal değerlerle- hayli derin nüfuz etmiştir. Yine de Batılı olmayan çağdaş kültürlerde farklı ilke ve değerler üzerine kurulan hukuk düzenleri mevcuttu ve on birinci ve on ikinci yüzyıldan önceki Avrupa kültürü de böyleydi. Kimi hukuk düzenlerinde kader ve onur düşüncesi; intikam ve uzlaşma düşüncesi hâkimdi. Kimi diğer hukuk düzenlerinde sözleşme ve toplum düşüncesi, kimilerinde ise caydırma ve ıslah baskındı.

Köken itibarıyla Batılı hukuk kavramları ve dolayısıyla doğaları, göze çarpar biçimde Batılı teolojik ve litürjik kavramlar olan kefaret ve ayin kavramlarıyla yakından ilişkilidir. Yeni bir kutsal gün olan ve Batılı insanın bu dünyada yaşamış bütün ruhların İsa'nın huzurunda toplanarak ya mahkûm edileceği ya da aklanacağı evrensel "Hukuk Günü" olarak tasavvur edilen Kıyamet'i simgeleyen Ölüler Günü, on birinci yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bu temelde yeni bir Araf kavramı inşa edilmiştir. Vaftiz edilmiş ve tövbekâr olarak ölen Hıristiyanlar, günaha eğilimlerinin bağışlanacağından emin olabilirlerdi ve fiilî günahlarıyla orantılı kefaretlerini, son günden evvel bu dünyada tamamıyla çekmiş olacaklardır. Bu kavramsallaştırmada İsa Mesih, artık Yargıç olarak değil ancak çarmıha gerilerek kendisini feda eden ve Tanrı ile insanı barıştıran ilahi Kardeş olarak görülmüştür. Kefarete yapılan bu yeni vurgu komünyon ayini törenine ilişkin yeni bir sembolizmle ilişkilendirilmiştir. Rahibin belirli hareketleri yaparak ve belirli sözleri söyleyerek ekmeği, İsa'nın ruhani bedenine dönüştürdüğü düşünülmüştür. Böylece paradoksal olarak ilahi bağışlanma ve ilahi ceza olan kefaret, sürekli olarak dindarların hayatlarını canlandırmış ve birleştirmiştir. Anlaşıldığı üzere ilahi adaletle beşerî adalet kavramına koşut bir kavram yaratmaya yönelik doğal bir adım olarak görülmektedir. Tanrı yasalar aracılığıyla yönettiğine göre, Tanrı tarafından atanan kilise otoriteleri ve seküler otoriteler hukuki ilkeleri ve ihlal edilmeleri halinde uygulanacak uygun müeyyide ve çözümleri ilan eder. Bu otoriteler; Tanrı'nın yaptığı gibi doğrudan insanların ruhlarına bakamazlar fakat Tanrı'nın hükmüne uygun yollar bulabilirler.

Yine de yukarıda anlatılan tahlil, önemli bir şarta tabidir. Batı hukuk içtihatlarının, on birinci ve on ikinci yüzyılların teolojisinden türetilmesinin aşamaları, onları iktibas edenler açısından göründüğü kadar doğal değildi. Anselmus'tan Abelardus'a, Abelardus'tan Gratianus'a uzanan hareket, her basamağında tek başına aklın değil akıl ile inanç arasındaki bilimsel ve mistik, hukuki ve hayali gerilimin ürünüydü. Anselmus'un akla olan inancına derin bir Tanrı'ya adanmışlık ve şairane iman gücü eşlik etmiştir. Ona göre, akıl sadece inancın zaten bildiğini kanıtlayabilir ve "sadece akıl yoluyla" yaptığı tahlil entelektüel bir "keyif"ti. Benzer biçimde şüpheci âlim Abelardus aynı zamanda kendisini adamış mütedeyyin Abelardus'tu ve tutkulu bir âşık olduğu kadar Avrupa'nın popüler aşk şarkılarının yazarıydı. Gratianus'un muazzam hukuki çalışması uzlaştırılamaz olanı -adalet uğruna ve Tanrı'nın övgüsü adına- uzlaştıran en hayali mitolojik araçlarla doluydu.

On ikinci yüzyılın hukuki kavram ve kurumların yapılandırıldığı büyük yüzyıl olduğu düşünüldüğünde, Abelardus'un baş düşmanı olan ve azizliği, Abelardus'un adı çıkmış maceraları gibi Batı Avrupa boyunca yayılan Clairvaux'lu Aziz Bernard'ın da mutlaka düşünülmesi gerekmektedir. Bernard, 1129'da Papa II. Innocent'in başkanlık ettiği Reims Konsülü'nde Roma hukukunun çalışılmasının -ki o dönemde, Gratianus'un üniversite müfredatına sokmasından evvel de sistematik olarak incelenen tek hukuktu- sona erdiğini duyurmuş ve Konsül de keşişlerin Roma hukuku çalışmasını yasaklamıştır (Her ne kadar bu yasak 1130'da Clermount Konsülü'nde ve 1163'te Tours Konsülü'nde tekrarlanmış olsa da keşiş olmayanlar ve hatta bazı keşişler Roma hukukunu öğretmeye yaygın biçimde devam etmiştir). Bernard, aynı zamanda papalık mahkemesinin yasallığını da kaldırmış ve ruhaniliğe dönüş çağrısı yapmıştır. Modern Doğulu Ortodoks teologlar, Batılı teolojinin baskın seslerinin kendi inançlarına düşman olduğu bir dönemde Bernard'a müttefikleri gözüyle bakmışlardır.

Abelardus Bernard olmadan, Bernard da Abelardus olmadan anlaşılamaz. Batı'da on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda teoloji ve hukuk ilminde meydana gelen köklü değişiklikler de karakterlerini çağın daha mistik ve romantik eğilimlerinden aldıkları hesaba katılmadan anlaşılamaz. Bu eğilimler sadece Aziz Bernard gibi insanların hayatları ve öğretileri ile değil aynı

zamanda (merhamet aşkına İlahi Yargıçla günahkârlar arasında, günahkârların lehine aracılık edecek olan)[54] Bakire Meryem kültü ve şövalyeliğin ve soyluların aşkının yükselişi ile de sembolize edilmiştir.[55] Kendi içinde adalet, merhameti Greko-Romen bir isimle açıklamıştır *aequitas* (*"equity"* [hakkaniyet]). "Kanonik *equity*" katı hukukun sertliği, iyi niyetin, dürüstlüğün, vicdanın ya da merhametin gerektirdiği durumlarda yumuşatılmıştır.[56]

Rasyonel, bilimsel ve formalist tutumların arasındaki mücadele ve gerilim bir yanda; mistik, şairane ve karizmatik tutumlar öte yanda yeni hukukbiliminin kendisini inşa etmesinin neden üç nesil sürdüğünü; neden seyrinde gitmesi için daha fazla yüzyıl gerektiğini ve nihayetinde neden, sonradan yapılan devrimlerle kendisine meydan okunduğunu açıklamaktadır.

Bütün bu rekabet halindeki tutumların arkasında Batı toplumunun devrimci bir biçimde seküler ve dinî alanlar şeklinde iki ayrı alana bölünmesi; seküler alanın da krallıklar, feodal birimler, kentler ve diğer yönetimler olarak bölünmesi yatmaktadır. Evreni adil biçimde yöneten, orantılılık ilkesine göre cezalandıran ya da ödüllendiren ve istisnai davalarda merhametli davranan bir ilahi adalet inancı; merhametin önemli bir rol oynadığı ve adalet temelli hukuk ya da hukuk temelli adaletle yönetilen, aynı zamanda etkileşimli alanların ve yönetimlerin diyalektiğinin hâkim olduğu karmaşık bir toplumsal birliğe, Hıristiyanlığa karşılık gelmektedir. Daha önemlisi, uzamdaki karmaşık diyalektik toplumsal birliğin arkasında, zamanda tarihsel diyalektik bulunmaktadır -antik ve modern arasında devrimci bir kırılma ile modernin evrimsel gelişimi. Her insan bu hayattan Araf'a oradan da Kıyamet gününe gittiğinde ve iyi ve kötü arasında yaptığı seçimlerin semeresini toplayarak, ödülünü ve cezasını alarak üyesi olduğu çeşitli topluluklar da bir bir zamanın içinden ilerleyerek kendi kaderini gerçekleştirmeye yönelecekti. Onların bu hareketi de hukuka bir cevap teşkil ediyordu. Bu esasında teolo-

---

[54] Belki de on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki Bakire Meryem kültünün en iyi anlatımı hâlâ Henry Adams'ın *Mont-Saint-Michel and Chartres* (New York, 1913) adlı kitabıdır.

[55] Bkz. (on ikinci yüzyıldan itibaren) *The Art of Courtly Love by Andreas Capellanus*, with intro., trans., and notes J.J. Parry (New York, 1941).

[56] Bkz. Udo Wolter, *Ius Canonicum in İure Civili* (Cologne, 1975), s. 45; ayrıca bkz. Helmut Coing, "English Equity and the Denunciato Evangelica of the Canon Law", *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 223.

jik metafor ve analojilerin doğurduğu Batı hukuk geleneğinin temel kavramıydı -ilahi ve doğal hukuku, kilisenin ve seküler otoritelerin hukuki kurumlarına hızlı ve sürekli olarak zerk ederek kendisini zaman içerisinde dönüştürme gücüne sahip olan toplum kavramı.

On altıncı yüzyıl ve sonrasında Roma Katolik Kilisesi'nin hukukiliği Protestanlığın keskin saldırılarına maruz kalmıştı. Martin Luther, kısmen gerçek kilisenin hukuki bir karakteri olamayacağı inancını; yani inançlıların görünmeyen topluluğu olduğunu sembolize etmek için hukuk tarafından görünür bir tüzel kişilik olarak kilise kavramının sona erdiğini ilan etmiş; hukuk kanonlarını yakmıştır.

Bununla birlikte Luther, hukukun; yani Hıristiyan bir yönetici olacağı varsayılan Prensin seküler hukukunun, devletin hukukunun bir değerinin olduğuna tutkuyla inanıyordu. Böylece ilahi ve doğal hukukun hukuki kurumlara nüfuz ettiğine dair Roma Katolik inancı, Lutheryanizm tarafından da, ancak kilisenin hukuki kurumlarına değil de sadece seküler hukuki kurumlara yönelik olmak üzere devam ettirilmiştir. O noktadan sonra ise her ne kadar on birinci ve on beşinci yüzyıllar arasında pek çok seküler düzen *una sancta ecclesia* ile bir arada var olmuş ve etkileşim içinde olmuşsa da kilise, belirli bir seküler düzenle bir arada var olan, tümüyle ruhani bir topluluk olarak belirmiştir. Yine de hem Lutheryan hem de Kalvinist biçimleriyle Protestanlık'ta Tanrı, adaletin tanrısı olarak kalmış ve (on altıncı yüzyılda adlandırıldığı biçimiyle) "Orta Çağ" Avrupa'sının dinî ve seküler hukuk gövdesi büyük ölçüde "modern" devletin hukukuna taşınmıştır.

Temel yasa yapma ve yasa uygulama işlevlerinin ulusal devletin yegâne yetki alanına devriyle birlikte, hukuk biliminin teolojiden ayrılmasının ve nihayetinde bütün hukuki düşüncenin sekülerleşmesinin zemini döşenmiş oldu. Elbette bu, bir anda olmadı zira Hıristiyanlık Batı'nın hâkim inanç sistemi olarak kalmıştı. Ancak yirminci yüzyılda Batı hukukunun Hıristiyan temelleri neredeyse tümüyle reddedilmiştir.

Yirminci yüzyılın bu gelişmesi, ilk kez Aziz Anselmus tarafından ifade edilen teolojinin vahiyden bağımsız olarak çalışılabileceğine dair Batılı inancın tarihsel sonucudur. Anselmus'un niyeti inanç pahasına aklı yüceltmek değildi. Yine de akıl bir kere analitik amaçlarla inançtan ayrıldığında; diğer sebeplerle de ayrılmaya başlamıştır. Nihayetinde bunun aklın kendisi işlevsel

olabildiğinden kökten herhangi bir dinî inanç olmadan da işleyeceği anlamına geldiği kabul edilmiştir.

Buna ek olarak, hukukun aklın bir ürünü olarak seküler iktidarın bir aracı olarak işleyebildiği; nihai değer ve amaçlarla bağını kopardığı kabul edilmiş ve sadece dinî inancın değil fakat her türlü tutkulu inancın kişinin özel hayatına ilişkin olduğu düşünülmeye başlamıştır. Böylece sadece hukuki düşünce değil tam da Batılı hukuki kurumların yapısı ruhani temelinden koparılmış ve karşılığında bu yapı bir zamanlar üzerinde yükseldiği temellerden mahrum kalmıştır.

5 | *Batılı İlk Modern Hukuk Sistemi: Kanon Hukuku*

Kanon hukuku *sisteminin* ilk defa 1050 ile 1200 arasındaki bir buçuk yüzyılda oluşturulduğunu ya da başka türlü söylemek gerekirse kilisenin hukukunun bir buçuk yüzyılda dizgeleştirildiğini ileri sürmek, kilisenin başlangıcından itibaren bir hukuk *düzeninin* olduğunu yadsımak anlamına gelmez. Yeni Ahit'in kendisi, özellikle Aziz Paulus'un Risaleleri ve Elçilerin (Havarilerin) İşlerinde[1] Hıristiyan toplumunda, öğreti, ibadet, ahlak, disiplin ve kilisenin yapılanması hususlarında yasal olarak belirlenmiş otoritelerin olduğunu göstermektedir.[2] Ayrıca en erken dönemlerden itibaren büyükler (piskoposlar) Hıristiyanlar arasındaki anlaşmazlıkları hükme bağlamış ve gerçekleştirilen ihlallere müeyyideler uygulamıştır. Birinci yüzyılda *Didache,* üçüncü yüzyılda *Didascalia Apostolorum* (Havarilerin Öğretileri) ve dördüncü yüzyılda *Constitutiones Apostolorum* (Havarilerin Yasaları), davranışları düzenlemeyi amaçlayan ve kilisenin yargı yetkisine zemin oluşturmaya yardımcı olacak pek çok kural içermektedir.[3] Yine üçüncü ve dördüncü yüzyıllarda Kuzey Afrika'daki ve yerel kilise konsülleri (sinodlar) yasa çıkarmış; 325'te ise ilk genel (ekümenik) konsül İznik'te toplanarak pek çok yasayı kabul etmiştir.[4] Yunanca *kanon* sözcüğü düz bir çubuk, cetvel, kural ya

---

[1] Luka'nın Teofilos'a yazdığı "Luka İncili"nin devamıdır. Mektuplarda İsa'nın öğretilerinin Kudüs'ten Anadolu'ya ve Roma'ya yayılışı anlatılmaktadır -ç.n.

[2] Bkz. Matta 18:15-17; Cor. 5:1-5; 7:12-8:13, 11:5-16; Acts 1:23-26, 2:44-45, 4:32, 15:5-29, 16:4.

[3] İngilizce çevirileri için bkz. *The Didache,* ed. and trans. J.A. Kleist (Westminster, Md., 1948); R.H. Connoly, *Didascalia Apostolorum,* ed. and trans. R.H. Connolly (Oxford, 1929); The Status of Apostles or Canones Ecclesiastici, ed. and trans. G.W. Horner (London, 1904). Yorum ve kaynakça için bkz. Johannes Quasten, *Patrology,* I (Westminster, Md., 1950), 29-39, and II (1953), 119-120, 147-152; Erik Tidner, *Sprachlisches Kommentar zur latenischen Didascalia Apostolorum* (Stockholm, 1938).

[4] Üçüncü yüzyılın Kuzey Afrikalı konsülleri, pek çok şeyle birlikte işkence altında bocalayarak "sapmış" ancak sonradan nedamet getiren Hıristiyanlar'a ne yapılacağına da karar vermiştir. Arles Konsülü (İ.S. 314) hiç kimsenin yeniden vaftiz edilemeyeceğine hükmetmiştir. İznik'te ise piskoposlar, eski gelenekleri kutsamak (örneğin piskoposların seçimine ilişkin kanon 4 ile İskenderiye ve Antakya'daki

da norm anlamına gelmektedir zaman içinde de hukukla ilgili teknik anlamını; bir sinod ya da ekümenik bir konsül tarafından yahut bir piskopos tarafından yürürlüğe sokulan yasa anlamını kazanmıştır. ("Kanon" sözcüğü aynı zamanda Kitab-ı Mukaddes'i oluşturan özgün ya da "kanonik" kitapların ve meşru kabul edilen kişilerin listelerini veya azizler tarafından "kanonlaştırılan" kitapları ifade etmek için kullanılmaya başlamıştır. Kanon sözcüğünün bir başka anlamı da yerel piskopos tarafından yetkilendirilen papazları ifade etmektedir.)

Sinodlar ve ekümenik konsüller tarafından olduğu kadar münferit piskoposlar tarafından yayınlanan kanonlar, yüzyıllar içinde çoğalmış ve nadiren resmî olmayan derlemelerde bir araya getirilmiştir. Bu derlemeler aynı zamanda Kitab-ı Mukaddes'te yer alan kurallar ve kilise babalarının yazmaları ile münferit papalık kararnameleri, patriklerin, papaların ve piskoposların kararlarını, Roma imparatorlarının ve kiliseyi ilgilendiren diğer yöneticilerin çıkardıkları yasaları ve fermanları da kapsamaktadır.[5] Bu derlemelerin hiçbirisi; bir özbilinci olan hukuk sisteminin

---

patriyarkal piskoposlukların imtiyazlarını korumaya ilişkin kanon 6); önceki geleneklerin ilga edilmesi (örneğin göçer piskopos, papaz ve diyakozluk geleneğinin kaldıran kanon 15) ve yeni durumlara uygun yeni kurallar koymak da (diyakonların (papaz yardımcılarının) litürjideki rollerine ilişkin kanon 18 ile kiliseye geri dönmeyi arzulayan Paulcülerin (Paulianist) yeniden vaftizini düzenleyen kanon 17) dâhil olmak üzere yetkilerini genişleterek kullanmışlardır. Bkz. *The Disciplianry Decrees of the General Councils*, ed. and trans. H.J. Schroeder (St. Louis, 1937), ss. 8-58.

[5] Dördüncü yüzyıldaki beş yerel konsülün kanonlarından oluşan ilk kanon derlemesi Antakya piskoposu Meletios tarafından (381) yapılmıştır. Dördüncü genel (ekümenik) konsül olan Kadıköy (Chalcedon) Konsülü'nde (451), İznik ve Konstantinopol Konsüllerinde yayınlanan kanonlar ve Meletios'un derlemesini de içeren 104 kanon onaylanmıştır. (İkinci genel konsül Konstantinopol'de 381 yılında; üçüncü genel konsül ise Efes'te 431 yılında toplanmıştır.) Altıncı yüzyılın başlarında İmparator Iustinianus şuna hükmetmiştir: "Bu dört sinodun [İznik, Konstantinopol, Efes ve Kadıköy] dinî öğretilerini kutsal yazmalar olarak kabul ediyor ve [onlar tarafından çıkarılan] kanonları yasalarımız olarak görüyoruz". Just., Nov. 131. Daha sonra Doğu'da dört genel konsül daha toplanmıştır; 553'te Konstantinopol II, 680'de Konstantinopol III, 787'de İznik II ve 869'da Konstantinopol IV ancak bu sonuncusunun ekümenik niteliği tartışmalıdır. 692'de Trullo Konsülü de denilen Quinisext Konsülü, beşinci ve altıncı genel konsülleri (Konstantinopol II ve III) tamamlamak üzere bir kanon derlemesi yayınlamıştır. "Trullan" derlemesi Batı'da tartışmalı olsa da daha sonraki, İstanbul'da 879'da, 869 yılındaki Konsülü'n kararlarını iptal etmek için toplanan Photian (Bigadiç) sinodunun kanonları da dâhil olmak üzere Doğulu derlemelerin zeminini oluşturmuştur. Photian derlemesinin Doğulu kanon hukukunun nihai ucu olduğu düşünülmektedir. Bkz. P.A. de Lagarde, *Reliquiae Iuris Ecclesiasticae Antiquissimae Graece* (Leipzig, 1856); J.

varlığını yansıtmadığı gibi evrensel veya tamamlanmış gibi de görünmemektedir. Erken dönem derlemelerinde içerik kronolojik olarak belirlenmiş; bazıları ise genel olarak kimileri de hukuki nitelikte olan çeşitli konu başlıklarına göre sıralanmıştı. Hepsi de hukuk kurallarını, ahlaki emirlerle, teolojik öğretilerle ve litürjik usullerle birleştirmiştir. Bununla birlikte pek çok başlık hukuka dair ibare içersin ya da içermesin hukuki meselelerle ilişkiliydi: (1) Kilise maliyesi ve mülkleri -örneğin, ondalık vergiler, kiliseye miras bırakılanlar, mülkiyet hakkı, kilise topraklarının ve binalarının tasarrufu (2) Kilise'nin yetkileri -örneğin, kilise makamlarının atama yetkisi, ruhbanlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin usul kuralları, disiplin cezaları (3) Kilise otoriteleri ile seküler otoriteler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi -örneğin, ruhbanların seküler mahkemelerdeki belirli davaların duruşmalarından muaf tutulması (4) Cezalar -örneğin cinayet ve yalancı şahitlik dahil çeşitli suçlara uygulanacak yaptırımların listesi (5) Evlilik ve aile ilişkileri -örneğin, evlilikte butlan sebepleri, çocukların nesebi, evlilik birliğinin sona ermesi.

A. Zallinger, *Des canons et des collections canoniques de l'église grecque* (Paris, 1858); J.B. Pitra, *Iuris Ecclesiastici Graecorum Historia et Monumenta*, I (Rome, 1864). Ayrıca bkz. 5. dipnot.

Doğulu derlemeler, en önemlisi *Collectio Dionysiana* olan ve 500'lü yıllarda Roma'da telif edilen Batılı kanon derlemelerini esas alarak biçimlenmiştir. Papa Hadrian'ın 774'te Charlemagne'a yolladığı ve Hadriana adı verilen derlemelerden birisinin çeşitli uyarlamaları yeniden üretilmiş ve dağıtılmıştır. Hispana adıyla bilinen bir başka önemli derleme, yedinci yüzyılda İspanya'da yapılmış, daha sonra Seville'li Aziz Isidore'ye atfedilmiştir ve Galyalı ve İspanyol sinodların yasalarını da içermektedir. Bu, dokuzuncu yüzyıldaki Isidore'ye de atıfta bulunan sahte Frank belgeleri Pseudo-Isidore ya da *False Decretals* (Yanlış Hükümler) ile karıştırılmamalıdır (Bkz. II. Bölüm). Pseudo-Isidore kısmen Hispana'ya dayanıyordu. Yazarlarının ana amaçlarından birisi piskoposların seküler otoritelere ve bu otoriterle bağlı olan başpiskoposlara tabi olmasıyla mücadele etmekti. Bu bağlamda eski kanonlar Roma Piskoposunun otoritesini artırma iddiası üzerinden ilerliyordu ve on birinci ve on ikinci yüzyıllarda papalık tarafından papalığın üstünlüğünün manifestosu olarak alkışlanıyordu. Pseudo-Isidrore'nin doğruluğundan ara ara şüphe edilmiş olsa da Erasmus ve diğerlerinin sahteliğini kanıtladığı on altıncı yüzyıla kadar güvenilir bir belge olarak kalmıştır. Her ne kadar kronolojik olarak düzenlenmiş ve konular alt başlıklara bölünmüşse de hem Hispana hem de Pseudo-Isidore daha önceki kanon derlemelerinden daha ileridedir. Ne var ki dikkate değer ölçüde konu başlıklarına göre (kefaret, litürji, ahlaki meseleler) düzenlenen ilk kanon derlemeleri Frank-Cermen Worms kentinin Piskopos-Prensi Burchard'ın 1010 tarihli *Decretum*'udur. Genel bilgi için bkz. Paul Fournier and Gabriel Le Bras, *Histoire des collections canoniques en Occident*, I (Paris, 1931); Alfonso van Hove, *Prolegomena ad Codicern Iuris Canonici* (Rome, 1945).

Bu kilise yasaları hem Batı'da hem Doğu'da Roma hukukundan derinden etkilenmişti. Klasik ve post-klasik dönem Roma hukuku kavramı ve kuralı muhafaza edilmiştir, özellikle de mülkiyet, miras ve sözleşmelere ilişkin olanlar. Bunun yanı sıra Iustinianus'un ve Doğu'daki haleflerinin derlemeleri; litürji, teoloji ve kilise otoriteleri ile ilgili pek çok imparatorluk düzenlemesini de kapsamaktadır.[6] Batı'da aynı zamanda kilisenin düzenlemeleri sıklıkla krallar ve imparatorlar tarafından yayınlanırdı. Gerçekten de Frank kralları, Roma İmparatorluğu'nun cübbesini; kilise üzerindeki otoritesini devraldıklarını iddia etmiştir. Dahası, Batı Avrupa'nın klan-merkezli kültüründe kilisenin Roma hukukunun taşıyıcısı olduğu düşünülmüştür. Öyle ki Ripurian Frankları'nın sekizinci yüzyıldaki "kod"ları *Lex Riburia*'da şu ibare bulunmaktadır: "*Ecclesia vivit jure Romano*" (Kilise Roma hukukuyla hayatta kalır). Bu, her insanın kendi klanının hukukunu beraberinde taşıdığı ve nereye giderse gitsin kendi hukukuyla yargılanacağı; kiliseninse Roma hukukunu kendisiyle birlikte taşıdığı anlamına gelmektedir.

Tarihinin ilk milenyumu boyunca, Kilise'nin yasaları İncil'in, özellikle de Eski Ahit'in yoğun etkisine maruz kalmıştır. Kilise İncil'den yola çıkarak On Emir'i ve ilahi emir kabul edilen pek çok ahlaki ilkeyi çıkarsamıştır. Bunun da ötesinde İncil hem en üstün yasakoyucu hem de en üstün yargıç olan Tanrı tarafından yönetilen evrensel bir düzene olan güçlü inancı yaymıştır. İsrailoğulları'nın geleneğinin mirasçısı olarak Kilise, hukukun ruhani karakterini ve yaratılışın her yerde hissedilen ilahi düzenini ciddiye almıştır. Üstelik, Eski ve Yeni Ahit'te yer alan pek çok spesi-

[6] Roma hukukunun büyük bölümünün sadece eski dönemde değil klasik ve post-klasik dönemde de dinî nitelikli olduğu sıklıkla unutulmaktadır. Nitekim Yunanca yasa anlamına gelen *nomos* Latince anlamdaşı *lex* ile *canon* sözcüğünde *nomocanones* olarak kaynaşmıştır. Ki Bizans imparatorları dinî ve seküler kuralların birleştiği bu derlemeleri, altıncı ve onuncu yüzyıllar arasında dönemsel olarak yayınlamıştır. Kimi zaman bu kanonlar, imparatorun Batı'da sekizinci ve onuncu yüzyıllarda yayınladığı kanonlar gibi öğrenciler tarafından ihmal edilmiştir. *Nomakanon in Fifty Titles* ve *Nomakanon in Fourteen Titles* J.A.B Mortreuil tarafından *Historie du droit Byzantin,* I (Paris, 1843), 217, 481'de tartışılmıştır. Ayrıca bkz. Zacharie von Lingenthal, *Die griescische Nomokanon,* in *Memoires de l'academie imperiale des sciences de S. Petersburg,* VII (St. Petersburg, 1977), 2. Ecloga İmparator III. Leo tarafından 726'da yayınlanmıştır; Yunanca ve İngilizce çevirileri ve yeniden basımları için bkz. E.H. Freshfield, *Roman Law in the Later Roman Empire; The Isaurian Period: The Ecloga* (Cambridge, 1932). Ayrıca bkz. Mortreuil, *Historie,* I, 357-372.

fik davranış kuralı ile İncil'de bulunan örnek ve metaforlar kilise kanonlarına taşınmıştır.

Kuşkusuz beşinci yüzyıldan Batı'da kiliseye hâkim olan hukuki kavram ve kurallar sadece Roma hukukundan ve İncil'den değil fakat aynı zamanda, özellikle onur, yemin, ceza, uzlaşma ve grup sorumluluğuna önem veren Cermen halklarının hukukundan da etkilenmiştir. On birinci yüzyıldan evvel hem kilise içindeki hem de kilise ile seküler otoriteler arasındaki ilişkileri geniş ölçüde düzenleyen kilise yasalarının varlığı; pek çok bilim insanının büyük Alman tarihçisi Rudolp Sohm'un tezine kuşkuyla yaklaşmasına neden olmuştur. Sohm'a göre, kendi deyimiyle "eski Katolik" kilise hukuku, doğası gereği kutsal, ruhani ve teolojiktir ve kanon hukuku ancak Gratianus'un bilimsel incelemesinde sonra modern anlamıyla hakikaten "hukuki" olmuştur.[7] Sohm, on ikinci yüzyıldan evvel kilisesin özünde kutsal ve ruhani bir topluluk olduğunu, hukuki bir topluluk olmadığını söylemektedir. Yine de Stephan Kuttner'ın işaret ettiği üzere, "'ruhani olan' ile 'maddi' olanın birbirine geçmesi, kilisenin en az kendisi kadar eski olan bütünleşik özelliğidir...aynı zamanda Kilise'nin ruhani bir topluluk ve tüzel bir toplum olarak ikili doğasında temellenir...Sohm'un, erken dönem kanon hukukundaki "hukuki" unsurun işleyişini görmemesi, kısmen temeldeki ikiliği (düalizmi); örneğin ilkellerin hukukunda ve eski kilisenin hukukunda mevcut olan kutsal ve hukuki unsuru, reddettiği içindir".[8]

Bu kayıtlamalara rağmen belki Sohm'un tezinde doğru ve önemli olanlar imdada yetişebilir. Genellikle on birinci yüzyıldan evvel kilisenin maddi ve tüzel yanlarının kutsal ve ruhani yanlarının içinde daha sonraki zamanlarında daha fazla eridiği kabul edilmektedir. Profesör Kuttner, belki de bahsettiği ve Papa VII. Gregorius'tan sonraki yüzyılda aşikâr hale gelen temel "ikiliğin" (düalizmin) daha önceki dönemde olduğu kadar -en azından ay-

---

[7] Rudolph Sohm, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians* (Leipzig, 1924).

[8] Stephan Kuttner, "Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law", s. 356. (American Council of Learned Societies tarafından 12-13 Nisan 1950'de Dumberton Oaks'ta düzenlenen Conference on Law and the Humanities'de sunulan bildiri). Kuttner'e göre "Sohm'un işaret etmesi gereken karşıtlık hukuki düşüncenin iki farklı modeli arasındaki farklılık olmalıydı. Örneğin, on ikinci yüzyılın diyalektik rasyonalizmi ile daha öncesinin doğrusal gelenekselciliği".

nı ölçüde- "temel" olarak *hissedilmediği* hususunda bize katılır. Kutsal olanla din dışı olanın ayırımları az çok zikredildi. Kilise hukukunun yargısal unsuru, sadece vaftiz, evlilik ve atama gibi litürjik meseleleri değil fakat aynı zamanda tanımlanmamış ahlaki ve ruhani eylemleri ve ayinleri de içeren kutsallık unsurunun da parçası olarak görülmüştür. Bu Gregoryen dönem öncesi Hıristiyanlığı'nın kiliselerinin yüksek heterojenliği ve yoğun yerelliği ile yakından ilişkilidir.

Kilise hukukunun litürji ve teoloji ile Kuttner'in deyimiyle "birbirine geçmesi" öyle güçlüydü ki, hukuki boyutlarını seçip ayırarak sisteme dönüştürmek kimsenin aklına gelmemişti. Gerçekten de on birinci yüzyılın sonlarından evvel telif edilen kilise yasalarının derlemelerinde, hukuki kurallar, inanca ilişkin kurallarla ve kural-olmayanlarla karışmıştı. "Kanon hukuku" (*jus canonicum*) on ikinci yüzyıldan evvel düzenli olarak kullanılmamıştı; imparatorluk ya da krallık hukukunun yahut feodal hukukun kilise ilişkilerini düzenleyen bölümlerine *jus ecclesiasticum* deniyordu. Kilise'nin *yasaları* ve kilise bünyesinde bir hukuk *düzeni* vardı ancak bir kilise hukuku *sistemi* yoktu; yani kilisenin kurallarının ve usullerinin litürji ve teolojiden açıkça ayrışmış bağımsız, bütünleşik ve gelişen gövdesi yoktu.

Kilise'nin yasalarının on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda dizgeleştirilmesi bütün boyutlarıyla birlikte Papalık Devrimi'yle yakından ilişkiliydi. 1050 kadar eski bir zamanda, reform hareketinin daha en başında kanonların ve diğer metinlerin bir derlemesi, *Collections of 74 Titles* yayınlandı. Derleme, ilk papaların ve konsüllerin, papalığın kilise üzerindeki üstünlüğünü ve kilisenin seküler otoritelerden bağımsızlığını sağlamak amacıyla çıkarılan kararnamelerine dek gidiyordu. Bunu, Luccalı Anselmus, Kardinal Deusdedit ve diğer öncü reformcuların benzeri diğer derlemeleri izledi. Papa VII. Gregorius'un ölümünden sonraki dönem ile Gratianus'tan önceki dönem arasında pek çok yeni derleme yapıldı. 1090'lı yıllarda Chartres'li Ivo'nun *Pannormia* ("bütün hukuk") adını verdiği çalışmaları kilisenin bütün hukukunun tutarlı bir resmini koymaya yönelik ilk çabayı temsil etmektedir. Hukuki araştırmalarda yaşanan bu patlama, sadece birbirleri ile uyumlu kanon hukukçularının ortaya çıkmasının değil aynı zamanda Papalık Devrimi'nin liderlerince kanon hukukuna verilen önemin de tanığıdır. Bu gelişme papalığın yasa çıkarma hakkını ilanı ile de yakından ilişkilidir. Pa-

pa'nın "zamanın ihtiyaçlarına uygun yasa çıkarma" yetkisini olduğunu ilk kez VII. Gregorius iddia etmiştir.[9]

VII. Gregorius ve halefleri tarafından yayınlanan ve "Papalık emri" olarak adlandırılan yeni yasalar, sadece mevcut kanonlara kademeli eklemeler olarak değil yeni bir şey olarak görülmüştür. Böylece kilise tarihinde devrimci bir dönemselleştirme başlamış ve yasaları bu dönemselleştirmeye göre özetlemek mümkün hale gelmiştir. Bu özetleme hareketi 1140'ta; hem *jus antiquum'un* (eski hukuk) açıklayıcı bir özeti hem de onun *jus novum'la* (yeni hukuk) bütünleşmesini gösterdiği hemen kabul edilen Gratianus'un büyük bilimsel incelemesinde zirveye ulaşmıştır. Genellikle Gratianus'tan hemen sonraki döneme atfedilen "eski hukuk" ve "yeni hukuk" tabirleri, aslında Gratianus'un kanon hukukunun kaynaklarını ikiye ayırdığını ima etmektedir; (eski) konsül kanonları ve (yeni) papalık emirleri. Gratianus'un öğrencisi Huguccio'nun geliştirdiği öğretiye göre "papalık emri kanona üstündür". Zira papa emirlerini "hukuka uygun kesin bilgiye" dayanarak yürürlüğe sokmaktadır.[10] Böylece Gratianus tarafından tasavvur edilen kanon hukuku sistemi, hukukun gövdesinin ölü bir beden değil, kökleri geçmişte olan ancak geleceğe doğru gelişen yaşayan bir beden olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bir zamanlar varsayıldığının aksine hukukun evrimi kavramı Edmund Burke'ün, Friedrich von Savigny'nin ve on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyılın "tarihselci okulunun" buluşu değil;[11] on

---

[9] Papa'nın Buyrukları, Bölüm 7, bkz. 2. Bölüm dipnot 12.

[10] Bkz. Gabriel Le Bras, Charles Lefebvre, and Jacqueline Rambaud, *Historie du droit et des institutions de l'église en occident*, vol 7, *L'Age classique: Source et theroie du droit, 1140-1378* (Paris, 1965), s. 133.
Burada Sohm'un, tezinin büyük bir bölümünü kurtarmaya yönelik bir girişimde bulunulmayacaktır. Ona göre Gratianus'un bilimsel çalışmasının önceki bir döneme "eski Katolik hukukuna" aittir, bu ise kefaret hukukunun teşhiridir ve ancak Gratianus'tan sonra kutsal yetkiler ile cezalandırma yetkisi arasında keskin bir ayrım yapılmıştır. Gratianus papanın ve piskoposların yasama ve yargı yetkilerinin onların kutsal yetkilerinden ziyade makamlarından kaynaklandığını vurgulamaktadır. Stanley Chodorow bu noktada Sohm'la aynı görüşte olduğunu belirtmektedir. Bkz. Chodorow, *Chrisitian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelft Century* (Berkeley, 1972), 8-16. Ancak Chodorow da Gratianus'un kiliseyi "yargısal bir topluluk" gibi ele aldığını (s. 65, 1367) ve tüm yasama ve üstün yargı yetkisini papaya tahsis ettiğini vurgulamaktadır.

[11] Bkz. Peter Steib, *Legal Evolution* (New York, 1980). Stein'e göre (s. ix) "hukukun evriminin on sekizinci yüzyılda başlayan kendisine ait bir tarihi vardır". Aksi yönde muazzam bir çalışmasında ise Stein, hukuki evrimin on ikinci ve on üçüncü

birinci ve on ikinci yüzyılın dinî ve seküler alanlardaki Batılı hukukçularının -ve hukukçu olmayanların- temel varsayımıdır.

Bu birbirleri ile ilişkili unsurlar; (1) Eski ve yeni hukuk dönemselleştirmesi (2) Bu ikisinin birlikte bir yapı olarak özetlenmesi ve bütünleştirilmesi (3) Zaman içinde ilerleyen, devam eden bir süreç olarak hukukun bütün kavramsallaştırması, Batı hukuk geleneğinin tanımlayıcı özellikleridir.

Gratianus'un hukukun devam eden sürecinin bir parçası olarak görülen kitabının kendisi, neredeyse derhal kanon hukukunun temel belgesi olarak değerlendirilmiştir. Üstelik Avrupa hukuk okullarında okutulan Roma hukuku metinlerinin yanında yerini almış ve papalar, kilise konsülleri ve kilise mahkemeleri tarafından atıf yapılan temel eser olmuştur. Eser görece gevşek düzenlenmesine ve seyrek dokunmuş olmakla birlikte, özetlenmek ve şerh edilmek üzere hazırlanmıştır ve hemen esere dair sayısız şerh, yorum, bilimsel inceleme ve monografi ortaya çıkmıştır.

Gratianus'un çalışmasında sunduğu zemin, üzerine sadece bilimsel şerh ve özetlerle değil aynı zamanda yargısal kararlar ve yasalarla büyük ve gösterişli bir bina inşa etmeyi mümkün kılmıştır. Kendisi de ünlü bir hukukçu ve Gratianus'un eski bir öğrencisi olan Papa III. Alexander (nam-ı diğer Rolandus Bandinelli, 1159-1181) muhafaza edilmeyenlerden ayrı muhafaza edilmiş olan yedi yüz kararname yayınlamıştır. Bunların pek çoğu gerçekte karar verilmiş davaların tutanakları yani kararların uygulanması için geçerli hukuk kurallarıdır. Papa III. Alexander Üçüncü Lateran Konsülü'nü 1179'da, yine mümtaz bir hukukçu olan Papa III. Innocent Dördüncü Lateran Konsülü'nü 1215'te toplantıya çağırmış ve bu konsüller yüzlerce yeni yasa çıkarmıştır (Konsüller Roma'daki katedral olarak da kullanılan Lateran Sarayında toplanmıştır). On ikinci yüzyılın son on ve on üçüncü yüzyılın ilk on yılında dizgeleştirilmiş ve telif edilmiş beş büyük papalık kararnamesi hazırlanmıştır. Nihayet 1234'te Papa IX. Gregorius yönetiminde papalık emirlerinin, yaklaşık iki bin bölümden oluşan ve neredeyse bir yüzyılın çalışmalarını özetleyen ve dizgeleştiren kapsamlı bir derlemesi ortaya çıkmıştır. 1918 tarihli *Kanon Hukuku Kodu*'nun benimsenmesine dek IX. Grego-

yüzyıldaki bilinçli bir geleneğe dayandıran "tarihçi hukuk okulu"nu (Burke, Savigny ve diğerleri) ihmal etmektedir.

rius'un Emirleri Gratianus'un *Decretum*'u ile birlikte Roma Katolik Kilisesi'nin kanon hukukunun temel gövdesi olarak kalmıştır.[12]

Bu derlemeler, hukuk âlimleri tarafından şerh edilmiş, yorumlanmış ve özetlenmiştir. Gerçekten de papalar bu derlemeleri resmî olarak doğrudan üniversitelerde yayımlamıştır. Bu bakımlardan da -hukuk bilimi ile hukuk uygulaması arasındaki yakın ilişki ve hukuk biliminin temel metinlerin şerhlerinde ve özetle-

---

[12] On üçüncü yüzyılda ve sonrasında adlandırıldığı biçimiyle *Corpus Juris Canonici* resmî ve şeklî olarak 1580'de oluşturulmuştur ve şu metinlerden meydana gelmektedir: (1) 1140 tarihli Gratianus'un *Decretum*'u (2) Genellikle *Liber Extra* diye bilinen ve Papa IX. Gregorius tarafından yayınlanan emirnamelerin derlemesi olan 1234 tarihli *Liber Extravagantium.* (3) Papa VIII. Boniface tarafından yayınlanan emirnamelerin derlemesi olan 1298 tarihli Liber Sextus Decretalium (ya da Liber Sextus). (4) Papa V. Clement (1305-1314) ile Viyana Konsülü (1311-1312) tarafından yayınlanan emirnamelerin derlemesi olan 1314 tarihli *Clementinae.* Clementinae, Papa XXII. John tarafından üniversitelere yollanmıştır. Ayrıca her ne kadar şu iki metin (5 ve 6) resmî olarak dâhil edilmemiş olsa ve Papa XXII. John'un döneminden kısa bir süre sonra gayrıresmi olarak telif edilmiş olsa da genellikle *Corpus Juris Canonici*'nin bir parçası kabul edilir. (5) XXII. John'un (1316-1334) *Collectio Viginti Extravangantium*'u ve (6) *Extravagantes Communes.* (*Extravagantes* terimi temel metinlerin "dışına sapan" emirnamelere atıfta bulunmaktadır-*decratales extra decreta vagantes.*) Klasik kanon hukukunun bu ana metinlerine ek olarak, en önemlileri Hugoccio'nun Somma'sı (1190) ve Cermen John'un (Joannes Teutonicus) Glossa Ordinaria'sı (1215-1217) olan temel şerhler, yorumlar ve özetler de vardı.
1317 tarihli *Clementinae,* Trent Konsülü'nden (1545-1563) önceki son resmî kanon hukuku derlemesiydi. Ki bu Konsül pek çoklarının umduğunun aksine, kanon hukukunun genel bir kodifikasyonu ile sonuçlanmamıştı. Ancak pek çok önemli düzenleme; ruhbanların arpalıklar, dinî emirler, evlilik, kefaret ve ceza usulü üzerindeki yetkileri gibi, yapmıştı. Trent Konsülü'nün genel sonucu papanın iktidarının sert biçimde merkezileşmesi ve papalık meclisinin yargısal yetkilerinin genişlemesiydi.
Trent Konsülü'nden sonra kanon hukukunun şekli yapısında ve kurallarında özsel değişiklikler yapılmamıştır. 1904'te X. Papa Pius yeni bir Kanon Hukuku Kodeksi hazırlaması için bir komisyon kurmuş; 1914'te komisyon çalışmalarını tamamlamış ve yine 1914'te Papa XV. Benedict yeni *Codex Juris Canonici*'yi yayınlamış ve yeni Kanon 19 Mayıs 1918'de yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanon, Trent Konsülü'nün gözden geçirdiği on ikinci ve on dördüncü yüzyıllar arasındaki kanon hukukunun daha detaylı dizgeleştirilmiş halidir.
25 Ocak 1959'da papa olacağı tahmin edilen Papa XXIII. John (1958-1963) Roma Katolik Kilisesi'ni yeniden düzenlemeleri amacıyla yeni bir ekümenik konsül toplayacağını ve bölünmüş Hıristiyan kiliselerinin (ki, hepsinden yeni konsüle gözlemci davet edilmiştir) birleşmesini gönülden destekleyeceğini ilan etmiştir. Ayrıca "Kanon Hukuku Kodeksini modernleştirmeyi başarması beklenen ve istenen" bir komisyon kuracağını duyurmuştur. XXIII John, 25 Ocak 1959 tarihli Demeci, *Acta Apostolicae Sedis* (Roma, 1959), ss. 51-68. Bu komisyon 28 Mart 1963'te kuruldu ve İkinci Vatikan Konsülü'nün (1962-1965) kararnamelerindeki reformcu ruhu koruyarak Kodeksi baştan sona gözden geçirmekle sorumluydu.

rinde ortaya konan diyalektik karakteri- kanon hukukunun yeni gelişen sistemi hukuk sisteminin doğasına ilişkin kavramlar üzerinde etkili olmuştur.

Ancak kanon hukukunun dizgeleştirilmesi sadece entelektüel bir mesele değildir. Zira her ne kadar hukuk bilimi sürecin uyumlaştırılmasında çok önemli bir rol oynamış olsa da eski ile yeni, bütün ile parçaları ya da teori ve uygulama arasındaki gerilim sadece derslerle ve kitaplarla giderilemezdi. Hukuk sisteminin bütünleştirilmesini ne sadece teoloji ne de teoloji ve hukuk bilimi birlikte sağlayabilirdi. Pozitif hukukun içinde inşa edilen bağdaştırıcı unsurların varlığı zorunluydu.

Kanon Hukukunun Roma Hukuku ile İlişkisi

Zaman zaman yeni kanon hukuku sisteminin Iustinianus'un Roma hukukunun bir "çocuğu" olduğu[13] ve "*Corpus Juris Canonici*'yi oluşturan büyük kodifikasyonların *Corpus Juris Civilis*'e dayanılarak oluşturulduğu"[14] söylenir. Böylesi önermelerin en azından biraz değiştirilmesi gerekmektedir zira kanon hukukuna

---

[13] Charles P. Sherman, "A Brief History of Medieval Roman Canon Law", *Canadian Law Times*, 39 (1919), 638. Sherman'ın bunu izleyen şu ifadesi (s. 649) on dokuzuncu yüzyılın geleneksel Batılı kavramlaştırmalarını yansıtmaktadır. Alandaki çağdaş uzmanların pek çoğu tarafından ikna edici biçimde reddedilmiş olsa da maalesef hâlâ pek çok kişi tarafından paylaşılmaktadır. "*Corpus Iuris Canonici*, Roma İmparatoru Iustinianus'un *Corpus Juris Civilis*'inin en büyük kızıdır... Hukukun ve yargılamanın bütün büyük sorunları, bir zamanlar bütün Romalı hukukçular tarafından düşünülmüş ve emekleri *Corpus Iuris Civilis*'te kaydedilmiştir. Kanon hukukçuları da onların çözümlerinin çoğunu kelimesi kelimesine ya da dolaylı olarak *Corpus Juris Canonici*'de cisimleştirmiş ve onlarla Avrupa (on altıncı yüzyılda ve sonrasında) Roma hukukunun saf kaynaklarına gitmeye hazır olana dek Avrupa'da uygarlık korunmuştur".

[14] Bkz. Robert E. Rodes, Jr., *Ecclesiastical Administration in Medieval England: The Anglo Sakxons to the Reformation* (Notre Dame, Ind., 1977), s. 66. Profesör Rodes, değerli iç görüleri barındıran ancak şu konuda hayli yanılan kitabında şöyle demektedir: "[Kanon hukukçularının] hukukun nasıl işlediğine dair tarifleri, hukukun doğasına ilişkin teorik spekülasyonları, yasaları kaynakları ya da konu başlıklarına sınıflandırmaları; bütün bunların hepsi doğrudan ya da dolaylı olarak Roma hukukçularından alınmıştır". Rodes, papanın üstünlüğü ilkesini en önemli ispat olarak sunar ve "Roma hukukunda imparatorun yerine benzer biçimde [papalığın] *plenitudo potestatis*'in yargısal biçiminin verildiğini" ifade eder. Elbette, kanon hukukçularının papanın kilisenin "prens"i olarak üstünlüğünü meşrulaştırmak için "*princeps*"in (lider) üstünlüğüne atıfta bulunan Roma metinlerine dayandığı doğrudur. Ne var ki çok net biçimde "hukukun doğasına ilişkin teorik spekülasyonlar" ve "yetkinin tamlığı" *Corpus Juris Civilis*'te eksiktir ve kanon hukukçuları tarafından tamamlanmıştır.

ebeveynlik yapan Bizans'ın altıncı yüzyıldaki Roma hukuku değil, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda Hıristiyanlığın yeniden canlandırdığı ve dönüştürdüğü Katolik Roma hukukudur. Yine de bu değişiklikle bile kanon hukukunun Roma hukukunu örnek aldığı fikri, ciddi kavram yanılgılarını barındırmaktadır. Kanon hukukçuları Roma hukukundan bolca yararlanmışlardır -kendi dönemlerinde roma hukukunun anlaşıldığı biçimiyle- tıpkı İncil'e dayanan hukuktan ve tıpkı Cermen hukukundan yararlandıkları gibi; kanon hukukçuları bunlardan hukukun kaynakları olarak yararlanmıştır. Bu nedenle nitelikli anlamda bir "Roma-Kanonik" hukuk sisteminden söz edilebilir. Ayrıca belirtilmelidir ki kanon hukukçuları dönemin Roma hukukçuları ile hukukun doğası ve işlevi hususunda aynı temel teorileri; karşıtların analiz ve sentezinde aynı temel yöntemleri paylaşmıştır. Kanon hukukçularının Roma hukukçularından ödünç aldığı teori ve yöntemler kadar Roma hukukçularının kanon hukukçularından ödünç aldığı teori ve yöntemlerdir bunlar. Gerçekten de sadece teori ve yöntemler fakat aynı zamanda pek çok spesifik hukuki kavram ve kurum da yeni kanon hukukundan güncel Roma hukukuna aktarılmıştır.[15]

On birinci yüzyılın sonları ile on ikinci ve on üçüncü yüzyılın Roma hukuku ile kanon hukuku karşılaştırılması yanıltıcıdır çünkü kanon hukuku, kilisenin pozitif hukukudur; buna karşılık Roma hukuku, Batı'daki herhangi bir yönetimin pozitif hukuku değildir. Roma hukuku elbette Doğu Roma İmparatorluğu'nun (Bizans) pozitif hukukudur ancak bu Batı Roma hukukçularının anladığı biçimiyle Roma hukuku; *corpus juris Romani* değildi. Iustinianus'un Roma hukuku, Batı'da ideal bir hukuk, ilkelerinin her zaman her yerde hem kilisenin hem de seküler yönetimlerin bütün düzenlemelerini biçimlendiren aklın yazılı olarak cisimleşmiş hali, *ratio scripta* olarak değerlendirilmiştir. Hukukçular, Iustinianus'un metinlerine; tıpkı Musevi hukukuna ve daha sonra Aristoteles'e başvurdukları gibi pozitif hukukun kaynağı olarak başvurmuşlardır.

Charlemagne'dan itibaren Batılı imparatorların eski Roma imparatorlarının otoritesini devraldıklarını iddia etmeleri vakıadandır ve Iustinianus'un metinlerinin keşfiyle birlikte Batılı imparatorlar iddialarını desteklemek için -papaların yaptığı gibi- bu

---

[15] Bkz. Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Cologne, 1975).

metinlere dayanmışlardır. Ancak "Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu" (Cermen Ulusu'nun Kutsal Roma İmparatorluğu)[16], Batılı imparatorların kabilesel, yerel, feodal yasalar ile kent yasaları, ticari yasalar, kilisenin yasaları ve diğer yasaları da kapsayacak biçimde çıkardıkları yasalara göre yönetilmiştir. Roma hukukunun kuralları, kavramları ve kurumları Batı imparatorluğunda tıpkı Batı Kilisesi'nde olduğu gibi ancak yasama faaliyetinde yahut yargısal yorumlarda açıkça ifade edilerek pozitif hukukun bünyesine katıldığında pozitif hukuk haline gelmiştir. Roma hukuku "kanon hukukunun hizmetçisi" olarak adlandırılmıştır ancak benzer biçimde imparatorluk hukukunun hizmetçisi ve belirmekte olan seküler krallıklar ile kent devletlerinin hizmetçisi olarak da adlandırılabilirdi. Ancak Roma hukuku her daim bir hizmetçiydi; Batılı hukukçuların, Iustinianus'un Roma İmparatorluğu'nun bir şekilde Batı'da politik bir gerçeklik olarak varlığını sürdürdüğüne inandığını varsayan hukukçular yanılıyordu.[17]

---

[16] İlk Frank imparatoru Charlemagne 800 yılında taç giymiş; "Roma İmparatorluğu'nu yöneten en yüce Augustus, tacı Tanrı tarafından giydirilen, muhteşem ve barışçı imparator Charles" unvanını almıştır. O sırada Batı'da "Roma İmparatorluğu" güçlü bir teritoryal anlam taşımıyordu ama esas Batı Hıristiyan âleminin halklarına atıfta bulunuyordu. "Hıristiyan imparatorluğu" ifadesi "Roma İmparatorluğu" ifadesinden daha sık kullanılıyordu. Doğu Franklarının yöneticisi II. Otto (ö. 983) kendisini "Roma imparatoru" olarak adlandıran yöneticiydi ve Salyan hanedanının II. Saxon Condrad tarafından 1024'te kuruluşundan sonra, "Roma İmparatorluğu" terimi ilk kez 1034'te onun yönetimi altındaki toprakları ifade etmek için kullanılmıştır. İmparator I. Frederick'in (Frederick Barbarossa, 1152-1190) yönetimi altında ise "Kutsal imparatorluk" deyimi ilk defa kullanılmış ancak tam olarak "Kutsal Roma İmparatorluğu" ifadesi 1254 yılına dek dillendirilmemiştir. Ancak iki yüz yıl sonra -III. Frederick'in (1452-1493) yönetiminde- nihayet "Cermen Uluslarının Kutsal Roma İmparatorluğu Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu) kullanılmaya başlamıştır. Yine de kesinlikle adil olan Salyan ve Hohenstaufen hanedanlarının "Roma İmparatorluğu"nun özünde Romalı değil, Cermen olduğunu söylemektir. Bkz. 16. ve 17. dipnotlar.

[17] Bu bakış açısı, yani Batı'nın Cermen halklarının, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda Romanın emperyal otoritesinin pelerininin imparator Charlemagne ve haleflerince alındığına olan inancın sonucunda Roma hukukunu "iktibas ettiği" hâlâ kabul görmektedir. Paul Koshaker bile şarihlere (haşiyelere, şerh edenlere) göre Iustinianus'un metinlerinin otoritesinin *imperium Romanum*'un Sakson yönetici IV. Henry ve haelflerinde yaşamaya devam etmesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Koschaker, *Europa und das römische Recht,* 3rd ed. (Munich and Berlin)1958, 70-71. Yine de Cermen krallarının "Roma İmparatorluğu" bünyesinde dahi Roma hukuku sadece örtük olanın açıklanması ölçüsünde doğrudan geçerli olmuştur; "teritoryal yasalar oyuna dâhil olduğunda ve örf ve âdet hukukunda boşluk olduğunda" tamamlayıcı hukuk olarak. Aksi halde seküler hukuk üzerindeki etkisi dolaylı olmuş; terminolojisi ve kavramları yasaları ve geleneği yorumlarken kullanılmış-

Belki de Batı'da Roma hukuku ile kanon hukuku arasındaki en dikkat çekici farklılık, Roma hukukunun belirli istisnalar dışında sona ermiş, sabit, yeniden yorumlanabilir fakat değiştirilemez bir hukuk olarak ele alınmasıydı.[18] Kanon hukuku ise aksine her ne kadar geçmişten devralınsa da sona ermemişti ve sürekli olarak yeniden yapılıyordu. Bu organik gelişmenin, nesiller ve yüzyıllar boyunca büyüme bilincinin bir niteliğiydi. Bu nitelik kanon hukukuna bir şekilde entelektüel açıdan Roma hukukuna kıyasla daha az başvurulan düzensiz bir karakter vermişti.[19] Ancak ahlaki ve politik bir bakış açısından kuşkusuz daha ilginçti. Zira bir bilim olarak kanon hukukunun "düzensizliği" onun bir sistem olarak dinamik niteliğinin bir parçasıydı -geçmişten geleceğe yönelme. Böylesi bir zaman boyutunun varlığı, Batılı hukuk sistemlerinin esaslı bir niteliğidir.

Kanon Hukuku Sisteminin Anayasal Temelleri

Kanon hukukunun, kanon hukukunu bağımsız, bütünleşik ve

---

tır. Bkz. Kuttner, "Role of Secular Law", s. 553. Kuttner'in işaret ettiği üzere kanon hukuku her şeyin ötesinde Roma hukukunun "iktibasına" yaramıştır. Bu Roma hukukunun yaşayan bir hukuk olarak düşünülmediğini yahut imparatorların kimi zaman eski Roma İmparatorluğu'nun onların kişiliklerinde yaşıyormuş gibi davranmadığını söylemek anlamına gelmez. Bkz. 17. dipnot.

[18] İmparator Frederick Barbarossa, 1152'de Roncaglia Genel Meclisinde (Diet of Roncaglia) üniversitelerin hakları ile ilgili yeni bir yasayı yürürlüğe sokmuş ve bunun Iustinianus'un *Corpus Juris Civilis*'inin uygun bir bölümüne yerleştirilmesini emretmiştir. Gerçekten Roncaglia'da alınan kararlar dizisi Roma İmparatorluğu'nun yasamasını andıran bir usulle yayınlanarak yürürlüğe sokulmuştur. Ancak bu tek değilse de nadir rastlanan bir örnektir ve Frederick Barbarossa nihayetinde Bizans usulü yönetme üslubunu geri getirme sevdasından vazgeçmek zorunda kalmıştır. Bkz. 14. Bölüm.

[19] Alışılmadık bir açıdan Maitland şöyle demektedir: "*Decretum*'un *Digesta*'dan ayrılması üzücü iştir". Bunun anlamı, Gratianus'un çalışmasının entelektüel niteliği klasik dönem Roma hukukçularının hukuk anlayışlarına hemen hemen hiç benzememektedir. Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2nd ed. (1898; reprint ed., Cambridge, 1968), 24. Şüphesiz Maitland, bu *Digesta*'nın değil ancak Orta Çağ'ın Roma hukukçuları tarafından yeniden inşa edilen *Digesta*'nın daha sıkı dokunduğu, kavramları ve tanımları bütünleştirdiği, ilk ve son kez kural koyduğu ve hukuk mantığının merak uyandıran sorunlarına anlaşılması güç çözümler bulduğu fikrindedir. Bu açıdan bakılınca amacı toplumdaki gerçek koşulları yansıtmak ve böylece yeni ihtiyaçları karşılamak üzere değişmek olan herhangi bir hukuk sistemi "üzücü iş" olarak görünecektir. Düşüncesinin alışılmadık olması Maitland'ın hukuk mantığına kendi iyiliği için yüksek bir değer atfeden tek insan olmamasıdır ve hiçbir zaman kendisinin çok sevgili İngiliz *common law*'u için benzeri yargıda bulunmayacaktır.

gelişen bir sistem olmasını sağlayan bağdaştırıcı veya yapısal unsurları kısmen kilise anayasasından (*constitution*) alınmıştır; "anayasa" terimi, on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda anlaşıldığı biçimiyle kullanılmaktadır. "Anayasa" sözcüğü burada, egemenliğin konumuna ve sınırlarına, yöneticilerin seçim sürecine, yasamanın belirlenmesine, yürütme ve yargı erklerine, hükümetin yetkilerinin kapsamına ve uyrukların hak ve görevlerine atıfla, modern anlamıyla kullanılmıştır. Bu kullanım, sadece kilisenin on birinci ve on ikinci yüzyılda resmî bir anayasası olmadığı için değil aynı zamanda anayasa hukuku dizgeleştirilmediği için anakronik görünebilir. Dönemin kanon hukukçularının anayasa hukukuna tali bir sisteme en yakın yaratımları, tüzel kişiliğe ilişkin bir hukuk geliştirmeleri ve bu hukuku uygulamalarıdır. Bununla birlikte kimi temel anayasal ilkeler genellikle kabul edilmiştir ve kanon hukukunun bir bütün olarak zeminini bu ilkeler döşemiştir.

On ikinci yüzyılın sonlarında ve on üçüncü yüzyılda, kanon hukukçuları Gregoryen Reformu'na ve özellikle de Gregorius'un 1075'teki Buyrukları'na dayanarak papaya kilise içindeki en üstün yönetme gücünü (*imperium*) atfettiler. Papa kilisenin başıydı; diğer Hıristiyanlar'ın hepsi kilisenin azaları, üyeleriydiler. Papa tam bir otoriteye (*plenitudo auctoritatis*) ve tam yetkiye (*plenitude potestatis*) sahipti.[20] Her ne kadar uygulamada papanın yetkileri sınırlandırılmış olsa da -papanın yetkileri on üçüncü ve on dördüncü yüzyılda aşamalı olarak artmıştır- hukukta, VII. Gregorius'tan itibaren papa en üstün yasakoyucu, en üstün yönetici ve en üstün yaratıcıydı; yasa yapabilir, vergi salabilir ve suçları cezalandırılabilirdi. Piskoposlukları kurabilir ve lağvedebilirdi. Kilise'nin ödemelerini düzenleyebilirdi ve kilisenin mülklerinin iktisabında, idaresinde, devir ve ferağında nihai yetkiye sahipti. Kilise görevlilerinin ya da makamlarının her türlü işlem ve kararına karşı -örneğin kilise mahkemelerinin kararları ve piskoposların şaibeli seçimleri- papaya başvurulabilirdi. Bunlara ek olarak

---

[20] "[Papa'nın *plenitudo potestis*'inin] tam olarak ne zaman [resmî] gerçekleştiğini belirlemek zordur ancak kesinlikle Bisignano'lu Simon *Summa*'sını (1177-79) yazdığı zaman başlamıştır... ve III. Innocent'in papa olarak atanmasıyla nihayet tamamlanmıştır. Terimin bu dönemdeki evrimi, kanon hukukçularının öğretilerinin oluşum sürecinin tamamını küçük bir evrende açığa çıkarır". John A. Watt, *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century: The Contribution of the Canonists* (New York, 1965), s. 78.

papa, evrensel yargıç olarak başvurulacak ilk merciiydi; herhangi bir Hıristiyan yargısal çözüm gerektiren herhangi bir meselede papaya gidebilirdi ve papa "büyük" denilen davalarda tek başına yargı yetkisini haizdi; mesela piskoposların azlinde ve inanca dair çatışmalı hükümlerde. İtaatsizlerin aforoz edilmesinde en üstün yetki papadaydı. Konsülü genel toplantıya çağırabilirdi ve konsül kararları ancak papa tarafından onaylandıktan sonra uygulanabilirdi. Nihayet papa, kilisedeki, dogmaları kesin olarak tanımlayan, litürjinin kurallarını ve ibadetin diğer meselelerini belirleyen baş öğretmendi. Papa, on ikinci yüzyılda azizleri belirleme iktidarını da kazanmıştı.

Bu yetkiler papaya Roma Piskoposu olduğu için verilmemişti, bunlar Roma piskoposuna verilmişti çünkü Roma piskoposu papaydı. Başka deyişle, bu yetkiler papaya, onun buyurma[21] (*potestate ordinis*) yetkisi sonucunda değil, yargı yetkisi (*potestate jurisdictionis*) dolayısıyla verilmişti. Gerçekte Başdiyakoz Hildebrand, bir piskopos olarak kutsanmak bir yana henüz papaz atanmamışken Papa VII. Gregorius olarak seçilmişti. Bir kez papa olarak seçildiğinde de papa olduğu için önüne getirilen meselelerdeki görüşleri, Gratianus'un deyimiyle, Aziz Augustine ve Aziz Jerome gibi saygı duyulan teologların görüşlerine tercih edilir olmuştur. Ancak Gratianus, Kutsal Kitap'a ilişkin yorumlarda Aziz Augustine veya Aziz Jerome'un görüşlerinin papanın görüşlerine tercih edildiğini eklemektedir. Ne de olsa der Gratianus, papa bir mutezil olabilirdi.[22] Papa'nın öğretiye ilişkin ihtilaflarda karar verme yetkisi onun üstün ruhani gücünden değil, kilisenin en üstün memuru olarak sahip olduğu yargı yetkisinden kaynaklanmaktadır.[23]

---

[21] Papa'nın buyurma yetkisi, atama ve kutsama yetkisini de kapsardı -ç.n.

[22] *Decretum*, Dist. 19, c.9, Papa Anastisius'un sapkınlık nedeniyle ilahi adalet tarafından devrildiğini belirten erken bir metin için bkz. 21. dipnot.

[23] Ibid., Dist. 29, ante c. 1. Gratianus, Aziz Jerome, Aziz Augustine gibi "kutsal kitabın (büyük) yorumcuları"nın sözlerinin bir papanın hükümlerine tercih edilip edilemeyeceği sorusunu sormuştur. Ona göre kilise babalarının kutsal kitap yorumları tercih edilmelidir ancak hukuki işlerin düzenlenmesinde "sadece bilgi değil yetki de gereklidir". Gratianus, papanın hukuki otoritesini belirtmek için *jurisdictio* sözcüğünü kullanmaz; bunun yerine, haleflerinin *executio potestatis* (yürütme iktidarı) ifadesini kullanır. Bu ifade, haleflerinin, papanın öğretiyle ilgili meselelerde olduğu kadar ihtilafları karara bağlama yetkisini ifade etmek için kullandıkları *jurisdictio* ile aynı anlamı taşımaktadır. Brian Tierney'nin belirttiği üzere "inanca ilişkin mevzularda kanon hukukçularının papaya atfettikleri otorite bütün bir

Roma Kilisesi'nin temel anayasal ilkelerinden birisi olan buyurma ve yargılama arasındaki keskin ayrım ilk defa on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda yapılmıştır. Buyurma (atama ve kutsama) bir dinî törendi; yani Tanrı'nın inayetinin sembolüydü. Kutsanan her papaz, Tanrı'dan ayin yönetme, komünyonları kutlama, günah çıkarma ve kefareti belirleme ve diğer kutsal törenleri icra etme yetkisini alırdı; bir piskopos atandığında ve kutsandığında, papazları atayabilir ve diğer piskoposları kutsayabilirdi. Buna karşılık yargılama ise tüzel bir kişilik olan kilise tarafından bahşedilen bir yetkiydi. Hukukla yönetme yetkisiydi -hukukun belirlediği sınırlar dâhilinde "hukuk konuşmak" (*jus dicere*) demekti. Tıpkı papanın yargılama yetkisi dolayısıyla kilisenin tamamı üzerinde en üstün yasama, yönetme ve yargı yetkisini elinde tuttuğu gibi papaya bağlı olan her piskopos da kendi bölgesindeki üstün yasama, yönetme ve yargı yetkisini elinde tutmaktadır. Yargı yetkisinden kaynaklanan böylesi bir yetki, hukuken yetki verilmiş herhangi birisi tarafından kullanılabilirdi. Papa bir diyakozu, örneğin iki piskopos arasındaki bir ihtilafta yargıç olmak üzere atayabilirdi. Bu yetki Papalık Devrimi'nden önce yoktu.

Böylece papanın *imperium* ve *auctoritas* ya da *potestas*'ı her ne kadar tam ve üstün olsa da hepsinin doğası gereği hukuki olduğu anlamına gelen *jurisdictio*'su olarak da tanımlanmıştır. Buna karşılık bu durum, yetkilerin kullanılmasında hukuki sınırların olduğu anlamına geliyordu.

Bu hukuki sınırlamalar, papaların seçilme usulünde olduğu kadar piskoposların, başpapazların ve diğer kilise görevlilerinin

---

yargıcın otoritesiydi; yanılmaz bir öğretmenin otoritesi değil. [Gratianus'un halefi] Huggocio, papanın bilgili bir teolog olduğunu düşünmekteydi. Bir başka teologla çatıştığında, onun papa olarak konumu bir öğretmen olarak ifade ettiklerine bir ağırlık katmazdı; ancak *davaları karara bağlarken* kurduğu hükümler hepsini bağlardı. Eğer papa inançla ilgili bir davada muhakemesinde yanılırsa, kanon hukukçuları bu hatanın bizzat papa ya da onun halefleri tarafından düzeltileceğinden emindi; tıpkı bütün kilise yoldan sapmadan evvel Anastasius davasında olduğu gibi. (Bkz. 20. dipnot)" Brian Tierney, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350* (Leiden, 1972), s. 42. Tierney on üçüncü yüzyılın sonlarından evvel papanın yanılmazlığına ilişkin hiçbir teorinin olmadığını ve teori ortaya çıktığında da papalığın otoritesinin sınırlandırılmasına dair olduğunu göstermektedir. Bunun anlamı, verili bir zamanda papa olan kimsenin, önceki papaların yanılmaz sözlerinin yeniden düzenlenemeyeceğidir. Bkz. Tierney, *The Foundations of the Conciliar Theory* (Cambridge, 1955).

papalığa tabi kılınmasında örtük olarak mevcuttu. Papalık Devrimi'nden evvel, papalar, piskoposlar ve başpapazların seçimi esas itibarıyla imparatorlar, krallar, prensler ve feodal lordların kontrolü altındaydı. Papalık Devrimi'ne giden yoldaki ilk olaylardan birisi, Papa II. Nicholas tarafından 1059'da toplanan Roma Konsülü'nün bir kararname ile papayı seçme yetkisini ilk elden Roma'daki kardinallere -Roma'daki büyük bazilikalarda ayinleri yöneten ve diğer işleri icra eden piskopos ve papazlar- vermesiydi.[24] Bir yüz yıl sonra Papa III. Alexander, bir kararname ile yeni papayı seçme yetkisini münhasıran kardinallere tanıdı ve 1179'da Üçüncü Lateran Konsülü yeni papanın kardinallerin oylarının üçte iki çoğunluğuyla seçileceğine hükmetti (II. Nicholas'ın kararnamesine göre basit çoğunluk yeterliydi ancak buradaki nitelikli çoğunluktu yani seçmenlerin "daha çok sayıda ve daha çok ses çıkaranları"nın çoğunluğu). Papa bir kez seçildiğinde ömür boyu görevde kalıyordu (tabii bir papanın yaptığı gibi görevi bırakmadıkça) ancak bir boşluk oluştuğunda yeni papanın seçiminde sadece siyaset değil hukuk da önemli bir rol oynuyordu. Bu da kuşkusuz papanın kiliseye karşı sorumluluğu kavramına katkıda bulunuyordu. Papalık seçimleri genellikle hayli çekişmeliydi; kimi zamansa rakip papalar yarışıyordu. Aslında, 1100'den 1378'e kadar geçen iki yüz yetmiş sekiz yılın seksen ikisinde, seçilmiş papalar Roma şehrinin dışında yaşamaya mecbur bırakılmıştı.[25]

Elbette kardinaller papa tarafından atanıyordu ancak zaman içinde kısmen bağımsızlıklarını kazanmışlardı. Kardinaller kili-

---

[24] "Kardinal" unvanı, on birinci yüzyılın ortalarından evvel çeşitli anlamlara geliyordu. O zamanlar reformcu papalar, Roma'nın büyük bazilikalarında önceden olduğu gibi sadece litürjik işlerde değil aynı zamanda Roma kilisesinin yönetiminde de görev yapan 28 yakın kilisenin "kardinal" piskopos ve papazlarını atıyordu. Romalı olmayanlar da; örneğin önde gelen reformculardan olan Silva Candidalı Humbert de dâhil olmak üzere, kardinal seviyesine yükseltilebiliyordu. Böylece kardinal piskopos ve papazlar papalığın ilk yönetim gövdesini oluşturdular. 1059'da II. Nicholas'ın kararnamesi ile aynı zamanda papayı seçen kimseler haline geldiler. Bkz. Stephen Kuttner, "Cardinalis: The History of Canonical Concept", *Traditio*, 3 (1945), 129-214; *New Catholic Encyclopedia*, 1967 ed., s.v. "cardinal".

[25] Yves Renouard, *La Papatué a Avignon* (Paris, 1954), s. 29; (İngilizcesi) *The Avignon Papacy, 1305-1403* (Hamden, Conn., 1970). 1378 yılı, iki papalık mahkemesinin (ve bir kereliğine üç) birbirleri ile rekabet halinde yetkili oldukları *Great Schism* (Büyük parçalanma) (1378-1417) başlangıcı olmakla dikkat çekmektedir. 1309'dan 1377'ye kadar papalık merkezi Güney Fransa'daki Avignon'du; bu dönem Tanrı'nın Kilisesi'nin Günahkârlara Esareti olarak bilinmeye başlamıştır.

seyi yeni papa göreve başlayana dek yönetiyorlardı ve papalıktaki müstesna odalar onlar için muhafaza ediliyordu. Papalar için, yeni piskoposlukların oluşturulmasında, bir piskoposun bir piskoposluktan diğerine gönderilmesinde, başpapazların atanmasında ve diğer önemli konularda kardinallerin rızasını alması bir teamül haline gelmişti. Zaman zaman yetkilerini genişletmek için mücadele eden Kardinaller Kurulu ile buna direnen papalık arasındaki gerilim şiddetlenirdi.[26]

Papa kardinaller tarafından seçilirken; piskoposlar da katedraldeki rahipler kurulu tarafından, yani diyakozun başkentinde yaşayan ve hizmet sunan özel rütbeli papazlar ve diğer ruhbanlar tarafından; başpapaz ise manastırdaki keşişler tarafından seçilirdi. İhtilaflı seçimlerde kaybeden adayların itirazlarının papa tarafından değerlendirilmesi, papalığın gücünün göstergesidir. Yine de en azından teoride papa ancak seçmenler ihmalkâr davranırsa ya da seçimler bölünmüş olarak gerçekleştirilirse yahut başka bir nedenle seçim için gerekli usul ihlal edilirse harekete geçebilirdi. Uygulamada ise katedralin rahipler kurulu ya da manastırdaki keşişler önemli bir rol oynardı ve eğer iradeleri dikkate alınmazsa, ciddi sorunlar çıkarabilirlerdi. Burada da seçim ilkesi -on dördüncü ve on beşinci yüzyıldan önce aşama aşama gerilemesine ve görülür biçimde ortadan kalkmasına rağmen- papalık monarşisinin ve hiyerarşik zincirin anayasal karakterinin korunmasını sağlamıştır.

Sadece seçim ilkesi ile kardinalleri, piskoposları ve genel olarak ruhbanları yerleştirme zorunluluğu değil fakat bizatihi kilisenin yönetim sisteminin karmaşıklığı papalık otoritesinin mutlaklığına azımsanamayacak bir sınırlama getirmiştir. Her ne kadar yasa çıkarma tek imtiyazları olsa da papalar, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda konsülleri yasa yaparken kendilerine yardımcı olmaları için düzenli olarak genel toplantıya ihtiyacı duymuşlardır. Onlar Avrupa'nın ilk yasakoyucularıydı. Yönetime gelince benzer biçimde papalık çeşitli alanlardaki uzmanlardan oluşan hayli etkili bir bürokrasi kurmuştur (Bkz. Şekil 1). Papalık yüksek mahkemesi davaları başlatacak olan müzekkereler de dâhil olmak üzere belgelerin hazırlanması ve yayınlamasıyla ve papalık yönetiminin kararnamelerinin, yönetmeliklerinin ve ka-

---

[26] Bkz. Gabriel Le Bras, *Institutions ecclésiastiques de la Chrétiente médiévale* (Paris, 1964), ss. 346-348.

rarlarının kayıtlarının tutulmasıyla görevliydi; papalık şansölyesi de papalık mührünün korunmasından sorumluydu. Papalığın maliyesi, Papalık Meclisi diye adlandırılırdı ve hem papalık hazinesi hem de maliye bakanlığı olarak işliyordu. Bu meclisin aynı zamanda vergi ve diğer mâli hususlarla ilişkili medeni davalara ve ceza davalarına bakan kendi mahkemesi vardı. Papalığın hem ilk derece hem de temyiz makamı olan genel mahkemesi, on ikinci yüzyılda Kardinaller Kurulu (*consistory*) olarak adlandırılıyordu ve bu kurula bizzat papa başkanlık ediyordu. Papalığın yargı yetkisi genişledikçe papalar, kararları bağlayıcı ancak papalığın onayına tabi olan (kardinaller, piskoposlar veya papazlardan oluşan) hukuk müfettişleri atamıştır. On üçüncü yüzyılda bu müfettişler, *Audience of Holy Palace* (Kutsal Sarayın Murakıpları) adı verilen sürekli bir mahkeme haline gelmiş; (genellikle bölümlere ayrılan) bir kurum olarak tasarlanmış ve yüzyılın sonunda da medeni davalar ve ceza davaları için ayrı temyiz mahkemeleri kurulmuştur (On dördüncü yüzyılda *Rota* olarak adlandırılan yüksek mahkeme kurulmuştur.) Ayrıca papalığın, bir "iç" toplantıda davaları gördüğü "kefaret odası" vardı; bu davalar, ceza hukukuna göre ya da medeni hukuka göre cezalandırılmayan fakat günah çıkarma ve kefaret ile çözümlenebilen davalardı. Piskoposlar tarafından verilen kefaret cezaları Büyük Kefaret Mahkemesi'nde (*Grand Penitentiary*) temyiz edilirdi. Bu mahkeme, piskoposlarca verilen kefaret cezalarını ve papaca verilen sansür ve beraatleri görüşürdü.

Papalık hükümeti, aynı zamanda papalığın elçileri aracılığıyla olduğu gibi diğer atanmışlar ve maiyetiyle birlikte bölgesel ve yerel düzeyde çalışıyordu. Erken dönemde papalar nadiren papalık adına çalışacak temsilciler atardı ancak bu temsilcilerin papalığın sürekli görevlisi haline gelmeleri ancak Papalık Devrimi'nden sonra olmuştur.[27] Papalığın üç tür temsilcisi bulunmaktaydı. Disipline edici temsilciler, genel ya da özel yetki ile yerellere veya bölgelere gönderilirlerdi ve papalık adına "tam yetkili" olarak harekete geçebilirlerdi. Yargıç temsilci, belirli davalarda papalığın yargı yetkisini kullanırdı. Papalık elçisi, on altıncı yüz-

[27] Papalık elçisinin otoritesi, genel bir ilke olarak ilk kez VII. Gregorius'un karar verdiği Papa'nın Buyruklarında (4. Emir) (Dictatus Papae, Dictatus IV) ilan edilmiştir. "Papa'nın elçileri, daha düşük seviyede dahi olsalar, bir konsülde bütün piskoposlardan önce gelirler ve onlara azil cezası verebilirler". Nihayetinde papalık elçileri yetkilerini kendilerinin spesifik komisyonundan almıştır.

yıla dek papayı temsil yetkileri sınırlıydı; örneğin, mesajları iletmekle, bilgi toplamakla yahut belirli meselelerde müzakere yapmak ve sonuçlandırmakla sorumluydular. İçlerinde en güçlüsü disipline edici temsilciydi, kimi zaman konsüldeki piskoposlara başkanlık etmekle ve azil cezası vermekle yetkiliydi. Ancak bütün papalık temsilcilerinin kararlarına karşı bizzat papaya başvurulabilirdi. Papalar, iktidarlarını, özellikle tahsildar (gelirleri toplayan) ve bankerler (kredi alan) gibi diğer memurları aracılığıyla da kullanırdı.

Daha önemlisi, başpiskoposlar ve piskoposlar gibi büyük tarikatların ve münferit manastırların başı olan din görevlileri de doğrudan papalığın otoritesi altındaydı, dolayısıyla bir anlamda papanın memurlarıydı. On birinci yüzyıldan itibaren hepsinin papaya sadakat yemini etmesi gerekmiştir. Zira atanmaları için papanın onayı gerekliydi ve aldıkları bütün kararlar da papanın yeniden değerlendirmesine tabiydi.

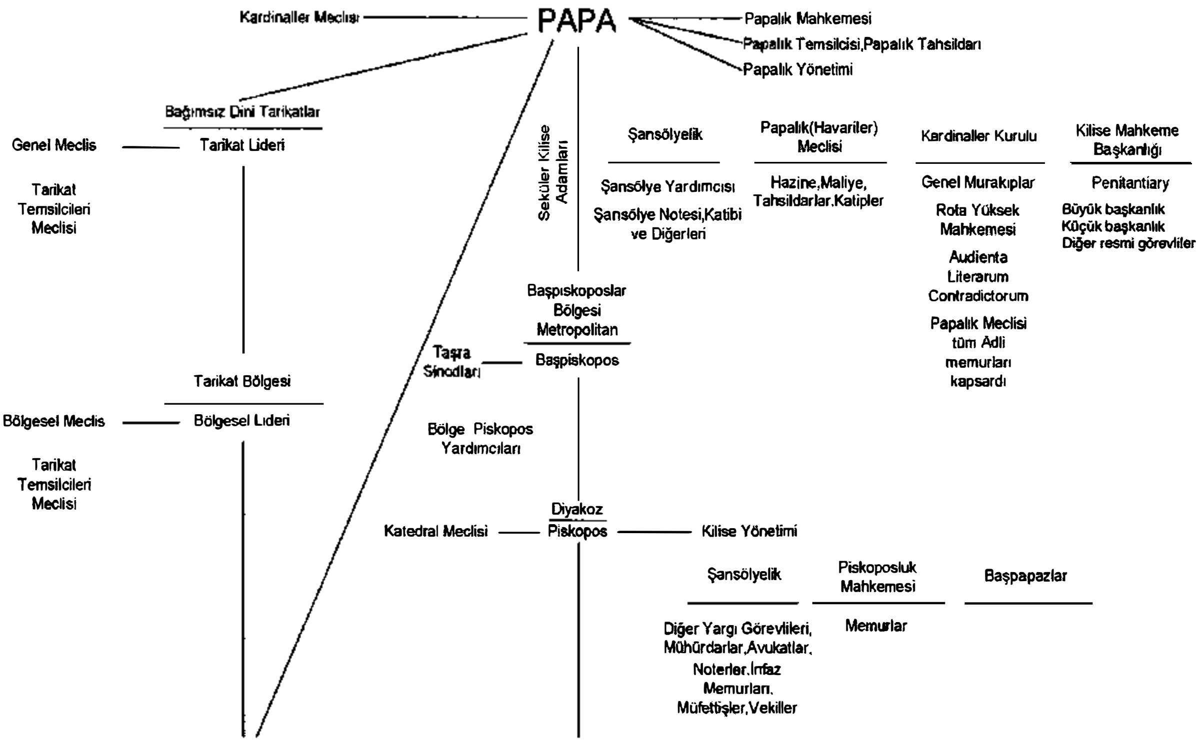
Yine de piskoposlar hem teoride hem uygulamada papanın memuru olmaktan daha fazlasıydı. Her biri kendi otorite alanlarındaki en üstün otoriteydi. Papalık Devrimi'nden sonra dahi her piskopos kendi diyakozundaki yüksek yargıç, yasakoyucu ve yönetici olmaya devam etmiştir -tabii papa müdahale etmediği sürece. Bununla birlikte papanın bütün kiliseyi piskoposlardan oluşan bir topluluk ile yönettiğini söylemek gerçeğin yarısını ifade eder; gerçeğin diğer yarısı şudur, piskoposlar kendi diyakozlarını papaya tabi olarak yönetmişlerdir. Piskoposlar da aynı ölçüde olmamakla birlikte *imperium, auctoritas* ve *potestas*'a sahipti. Papa, piskoposları dikkate almak zorundaydı; onlara öylece emir yağdıramazdı.

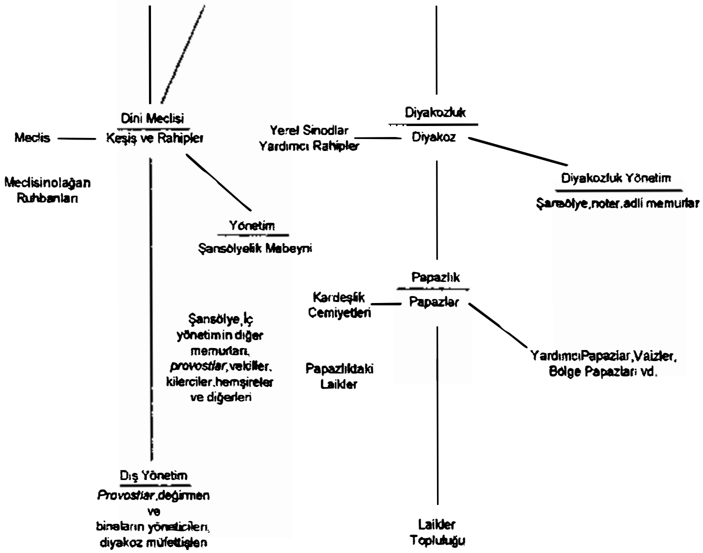
Piskoposlar, uygulamada, kendi diyakozlarında hatırı sayılır ölçüde dengeleyici yetkileri haiz olan ve kullanan çeşitli görevliler tarafından kuşatılmıştı. Katedralin rahipler kurulundaki papazlar piskoposu, kardinallerin papayı seçtiği gibi seçerdi. Papazlar aynı zamanda katedraldeki ruhbanların toplantılarına başkanlık edecek başpapazı yahut yöneticiyi de seçerdi. Kurul, disiplin ihlali durumunda kendi üyelerini kendi mahkemelerinde yargılama yetkisine de sahipti. Piskoposun pek çok işlemi için kurulun rızası gerekliydi -örneğin kilisenin mülklerinin devir ve ferağında. Katedral kurullarının imtiyazları diyakozdan diyakoza değişirdi; pek çok yerde kurul ile piskopos arasındaki gerilim taraflardan birisinin Roma'ya başvurmasına yol açardı.

Piskoposa bağlı memurlar, tıpkı papalık hükümetine bağlı memurların çoğalması gibi, on birinci yüzyılın sonunda çoğalmaya başlamıştır. Diyakozun günlük işlerini yürüten ve piskopos tarafından seçilen başdiyakozun, baş yöneticiden daha fazla yetkisinin olduğu varsayılırdı. Şansölye, piskoposluk mührünün muhafızıydı ve diyakozun iç ve dış ilişkilerinin uyumlu bir şekilde yürütülmesinden sorumluydu. Hukuk eğitimi alan "memurlar" (*officialis*) yargıç olarak piskoposun yerine otururdu. Piskoposluk mahkemesinde daha sonraları mühürdar, noter, kâtip, dava vekili, icra memuru, tetkik hâkimi gibi yargısal ya da yarı-yargısal memurluklar ortaya çıkmış; benzer biçimde piskoposa litürjik işlerinde yardımcı olmak üzere de başrahip, yardımcı piskopos gibi unvanları olan ruhbanlar belirmiştir.

Papa'nın diyakoz yönetiminde arabuluculuk yapan temsilcileri gibi, piskoposların da kilise bölgelerini yöneten arabulucu temsilcileri vardı. Daha geniş kilise bölgelerinde ise piskopos (başpapazla birlikte) papaz yardımcılarını seçerdi; her birinin de mülkü yönetmek, defterleri tutmak, rahiplerin ihtiyaçlarını karşılamak ve din görevlilerine yönelik saldırıları raporlamak üzere istihdam edilen kendi kalemi, kâtibi ve hukuk müşaviri vardı. Diyakozun rahipler kurulu -yerel sinodlar- zaman zaman toplantıya çağrılırdı ve piskoposun da kilise bölgelerine yılda bir kere resmî ziyarette bulunması gerekirdi. Piskoposların papaya ettiği sadakat yemininin benzerini rahipler de piskoposa ederdi. Piskoposlar ayrıca kilise bölgelerini kontrol etmek ve mesajları iletmek üzere elçiler yollarlardı.

Kilise bölgelerinde de işlevler ayrılığı ve iktidarın keyfi kullanımını denetlemek için bir sistem mevcuttu. Kilise papazı hem cemaatinin ruhani işlerinden hem de kilisenin mülkünün idaresinden sorumluydu. Aynı zamanda üstlerine -piskopos ve papaya- kilise vergisi ödemekle yükümlüydü. Ayrıca kanon hukukuna göre kendi kilise bölgesinde sürekli ikamet etmesi gerekiyordu. Geniş bölgelerde, papaz; ihtiyaçlarını ve taleplerini görmezden gelemeyeceği lâiklerden ve ruhbandan oluşan yardımcılarla kuşatılmıştı. Papaz yardımcıları, papazlara özellikle ayinlerin yönetilmesinde yardımcı olurdu. Ruhban sınıfından olan yahut da sadece kilise bölgesinde ikamet eden vaizler de hayır işlerini düzenlerdi ve çocukların eğitiminden sorumluydu. Kilise bölgelerindeki inançlı Hıristiyanlar'ın "Kardeşlik Cemiyetleri" fedakârlık, hayırseverlik ve tövbekârlığa adanmıştı. Le Brass, bu


PAPA
Kardinaller Meclisi
Papalık Mahkemesi
Papalık Temsilcisi,Papalık Tahsildarı
Papalık Yönetimi
Bağımsız Dini Tarikatlar
Tarikat Lideri
Genel Meclis
Tarikat Temsilcileri Meclisi
Tarikat Bölgesi
Bölgesel Lideri
Bölgesel Meclis
Tarikat Temsilcileri Meclisi
Seküler Kilise Adamları
Şansölyelik
Şansölye Yardımcısı
Şansölye Notesi,Katibi ve Diğerleri
Papalık(Havariler) Meclisi
Hazine,Maliye, Tahsildarlar,Katipler
Kardinaller Kurulu
Genel Murakıplar
Rota Yüksek Mahkemesi
Audienta Literarum Contradictorum
Papalık Meclisi tüm Adli memurları kapsardı
Kilise Mahkeme Başkanlığı
Penitantiary
Büyük başkanlık
Küçük başkanlık
Diğer resmi görevliler
Başpiskoposlar Bölgesi Metropolitan
Başpiskopos
Taşra Sinodları
Bölge Piskopos Yardımcıları
Diyakoz
Piskopos
Katedral Meclisi
Kilise Yönetimi
Şansölyelik
Diğer Yargı Görevlileri, Mühürdarlar,Avukatlar, Noterler,İnfaz Memurları, Müfettişler,Vekiller
Piskoposluk Mahkemesi
Memurlar
Başpapazlar



Şekil 1: 1100 ile 1500 arasında batı kilise devletinin yapısı. İktidarın ve dini hayatın düzeyleri yatay çizgide kurumun adı ve başı verilerek belirtilmiştir.

NOT: Temsili ya da gönüllü kurumlar sol tarafta iktidar düzeyinde gösterilmiştir. Yönetim Kurumları liderlik düzeyinin sağında gösterilmiştir. Bir kurumun üyeleri genellikle kurumun isminin altında verilmiştir.

cemiyetleri "sofu Hıristiyanlar'ın hücreleri... büyük kiliselerin içindeki küçük kiliseler" olarak adlandırır.[28] Bu cemiyetler genellikle yıllık toplantılar düzenlerdi. On ikinci yüzyılda ayrıca lâiklerin kilise mülkünün yönetimine yardımcı oldukları "atölye" ("*fabricae*") uygulamaları belirmeye başlamış; bunlar sıklıkla hem kilise papazlarını hem de piskoposları kızdırmıştır.[29]

Böylece, her ne kadar kilise bünyesindeki bütün yönetim yetkileri nihayetinde papalığın elinde toplanmış olsa da papalık otokrasisi, bürokrasi içinde en yüksek düzeyde işlevler ayrılığı ile olduğu kadar bütün bir kilise yönetiminin hiyerarşik yahut piramitvari yapısı ile de sınırlandırılmıştır. Kuşkusuz bu sınırlamalar modern kuvvetler ayrılığı ya da federasyon kavramları karşısında yetersiz kalmaktadır[30] ancak yine de papanın iktidarının mutlaklığına karşı önemli bir dengeleme aracı olmuş ve en azından papaların genellikle idari alışkanlık ve gelenekleri kötüye kullanmaktan çekinmelerine sebep olmuştur. Cermenler'in Avrupa'sında tümüyle yeni olan resmî, hukuki ve bürokratik bir yapı kurulmuştur. Yönetim, kişinin lorda kişisel sadakatinden ayrılmıştır. Sadece kabilesel değil feodal kurumlara, hatta Bizans veya Frank imparatorluklarının erken dönem kurumlarına da çarpıcı biçimde karşıt, karmaşık örgütler arası ilişkiler geliştirilmiştir. Tam da bu yapının karmaşıklığı ve özgüllüğü anayasal ilkelerin kaynaklarından birisidir. "Orta Çağ Kilisesi'ninki kadar

---

[28] Le Bras, *Institutions*, s. 414.

[29] Ibid., s. 419. Le Bras'a göre "Ruhban sınıfı, bu kurumun genellikle lâiklerden oluşan geçici yönetimine katılmaya şüpheyle bakmışlardır. Görünen odur ki, kanon hukukunun temel ilkelerinden birisi ihlal edilmektedir [kanon hukuku "ne kadar mütedeyyin olurlarsa olsunlar lâiklerin kilisenin mülklerinin tasarrufunda hiçbir yetkilerinin" olmadığını söylemektedir]. Kimi (yerel) konsüller bu durumu protesto etmiştir. Ne var ki cemaatin, kilise toplumunun dünyevi hayatına katılmasına dair eski bir gelenek nihayetinde on dördüncü yüzyılın Hıristiyan aleminin alışıldık kurumu olan fabriciens'lerin katılımının kabul edilmesini sağlamıştır".

[30] Maitland, kilisenin yapısının, piskoposluk bir yandan başpiskoposluğa öte yandan papalığa bağlı olduğu için federal olduğunu ileri sürmektedir. Benzer biçimde papazlıklar da piskoposluğa ve papalığa bağlı olmaları nedeniyle çifte tabiiyetlidir. Nitekim her başpiskoposluk, gerçekte federal devletler birliğinin bir devletiydi. F.W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (Cambridge, 1898), ss. 101-105.

Bu analize ilişkin sorun şudur; merkezi otorite yani papalık mutlak güce sahipti; "devletlere" tahsis edilmiş münhasır hiçbir yetki yoktu. Öte yandan eğer on ikinci ve on üçüncü yüzyılların kilisesi, federal devlet olarak değil de üniter (tekçi) bir devlet olarak düşünülürse, kesinlikle her biri dikkate diğer özerkliği haiz çok sayıda alt birlikten oluşmuştu.

kırılgan ve aşırı geniş bir yönetimde, konsensüs mutlak olarak hayati bir önemdeydi".[31]

Kilise yönetimindeki anayasacılık hepsinden öte bizatihi kilise otoritesinin çapı üzerindeki sınırlamalarla ilerlemiştir. Zira bu sınırlamalar, kısmen dinî ve seküler otoritelerin düalizmi teorisi nedeniyle kısmen de seküler otoritelerin kilisenin suistimallerine ve aşırılıklarına direnişi sayesinde kabul ettirilmiştir. Öte yandan özellikle on üçüncü yüzyılda ve on dördüncü yüzyılın başlarında kimi papaların ve kanon hukukçularının, kilisenin sadece inanç, öğreti, mezhepler, kilise görevlileri ve dinî disiplin gibi meselelerde değil aynı zamanda sözleşme, mülkiyet ve ceza hukuku gibi seküler meselelerde dahi yasama yetkisi olduğuna dair aşırı tezlerinin olduğu gerçektir. Yine de özellikle 1122'deki Worm Anlaşması'ndan sonra, teoride olduğu kadar uygulamada da kilisenin tamamı ve otoritesi üzerindeki asli sınırlandırmalar kabul edilmiştir. Bizatihi kilise otoritesi ile seküler otoritelerin ayrılması kendi içinde kanon hukukunun bütününe nüfuz eden anayasal ilkedir.

Bunlara ilaveten, bizatihi seküler yönetimlerden ayrı bir yönetim olarak görülen kilisenin içinde, papalığın da piskoposluk prenslerinin de keyfiliğini önlemeye yönelik teorik ve pratik sınırlamalar da vardı. En başta, kilise İsa tarafından kurulan görünür bir kurum olarak değerlendiriliyordu ve İsa ve Havarileri ile ilk yedi yüzyılın kilise babaları ve ekümenik konsülleri, kiliseye kesin ve değiştirilemez inanç ve davranış normları atfetmişti. Papalığın otoritesinin dorukta olduğu zamanda dahi standart bir kanon hukukçusunun şerhi şöyleydi: "Kaderimizi tek bir adamın iradesine emanet etmek tehlikeli olacaktır".[32] Ne papanın ne de genel konsülün ne kilisenin dogmalarını değiştirebileceği ne de istedikleri zaman yeni bir dogma oluşturabilecekleri düşünülüyordu. "Yeni öğretiler, mevcut dogmayla sınanmalıydı fakat bunun da ötesinde ancak Kilise'nin hâlihazırdaki öğreti hazinesine içkin ve kendilerini mevcut inancın organik gelişiminde ortaya koyabilen dogmalar ilan edilebilirdi".[33]

---

[31] George Size, "Thoughts on the Government of the Church in the Classical Period", (elyazması yazardadır, 1978), s. 4.

[32] *Glossa Platina and Dist. 19, c. 19* aktaran Tierney *Papal Infalliblity,* s. 32. Burada "irade" olarak çevrilen Latince "*arbitrium*" sözcüğü Tierney tarafından "hüküm" olarak çevrilmiştir.

[33] Paul Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholiken u. Protestanten in Deutsclanf,* III (Berlin, 1883), 769.

Daha somut söylenirse, papalar ve konsüller gibi piskoposların ve yerel konsüllerin de otoritelerinin kapsamı hem ilahi hem de doğal hukuk tarafından sınırlandırılmıştı. Öte yandan hiç kimsenin ilahi ya da doğal hukuka aykırı bir papalık kararnamesini geri alma yahut geçersiz kılma yetkisi yoktu. Yapılabilecek tek şey siyasi muhalefet ya da sivil itaatsizlikti ve kanon hukukçuları böylesi bir direnişin hukuki zeminini oluşturmuşlardı. Gratianus şöyle yazmıştır: "İnançtan saptığı tespit edilmedikçe hiç kimse papayı yargılayamaz".[34] Brian Tierney'nin söylediği gibi, papanın sapkınlık nedeniyle görevden alınmasına bir kapı aralamıştır.[35] Daha sonraki kanon hukukçuları; papanın görevden alınmasına neden olabilecek; kilise mülklerinin israf edilmesi gibi başka nedenler de eklemiş ve on ikinci yüzyılın sonunda Huguccio, papanın gayrı meşru cinsel ilişki yaşaması, soygun, kutsal değerlere saygısızlık gibi yüz kızartıcı suçlar nedeniyle yargılanabileceğini ve görevden alınabileceğine dair bir teori geliştirmiştir.[36]

Daha önemlisi, on ikinci ve on üçüncü yüzyılın kanon hukukçuları, papanın kilise "statüsü"ne (*status*) aykırı hareket edemeyeceğini ve kilisenin "genel statüsü"ne (*generalis status ecclesiae*); yani kilisenin refahına ve kamu düzenine ya da yüzyıllar sonra adlandırılacağı üzere anayasasına halel getirebilecek yasalar çıkaramayacağını belirtmişlerdir.[37] Papa IV. Innocent (1243-1254) dahi; ki, kendisi en otoriter papalık monarklarından birisidir, kilise statüsünü ihlal edebilecek haksız bir emir veren, örneğin emri sapkınlık içeren bir papaya itaatsizlik etme olasılığını kabul etmiştir.[38]

Papalık otoritesinin mutlaklığının sınırlandırılmasına dair anayasal teoriler, papalığa karşı harekete geçebilecek bir yargı

---

[34] *Decretum*, Dist. 40, c.6.

[35] Tierney, *Conciliar Theory*, s. 57. On üçüncü yüzyılın başlarında kanon hukukçusu Alanus, on dördüncü ve on beşinci yüzyılın kilise meclislerine ilişkin teorilerini önceden görerek şöyle yazmıştı: "Şüphesiz bir papa kendi rızası halefine ancak sapkınlık halinde yargılanabilir... bu suçta böyledir çünkü inanca ilişkin meselelerde [papa] kardinaller kurulundan yahut piskoposların genel konsülünden daha küçüktür". *Glossa and Dist. 40c.6,* aktaran Tierney, *Papal Infallibility,* s. 52.

[36] Huggocio'nun teorisi Tierney'nin *Papal Infallibility* adlı eserinden alıntılanmıştır; *Glossa Ordinaria*'da kabul edilmemektedir. Huggocio, Gratianus'un sapkınlıktan ancak örnekleyerek bahsettiğini zira aksi halde papanın, yüz kızartıcı olmasa bile yaptıklarından dolayı sapkınlıkla suçlanabileceğini ileri sürmektedir.

[37] Tierney, *Papal Infability*, s. 48.

[38] Ibid., ss. 51, 53, 89.

makamının olmayışı nedeniyle zayıf kalmıştır. Constance Konsülü'nün rakip iki papayı azlettiği ve üçüncüsünün feragatini kabul ettiği on beşinci yüzyılın başlarına dek papanın ne yargılanması ne de azledilmesi mümkün olmuştur. Bununla birlikte, papalığın gücünün zirvede olduğu zamanlarda dahi sınırlama teorilerinin yerel özerkliğe güçlü bir imkân tanıyan toplumsal, ekonomik ve siyasi koşullarda sağlam bir zemini bulunmaktaydı. Tierney'e atıfla "Papalığın merkezîleşmesi yönündeki ısrarlı eğilime rağmen, bütün kilise, bir anlamda seküler otoritelerden daha farklı olmayan yarı-özerk birliklerin federasyonu; irili ufaklı sayısız tüzel kişinin birliği olarak kalmıştır".[39]

Böylece kanon hukukçularının *jurisdictio* ile birlikte yaptıkları *imperium* tanımlaması kilise yönetiminin yaşayan anayasasıyla bağdaşmaktadır. Kilise bir *Rechtstaat*, hukuka dayanan bir devlettir. Kilise otoritesinin üzerindeki sınırlamalar, özellikle seküler yönetimler tarafından getirilenler kadar kilise bünyesinde özellikle tam da kilise idaresinin yapılanmasıyla da papalık otoritesine getirilen sınırlamalar, *Rechstaat* (hukuk devleti) anlamında bir hukukilikten daha fazlasını, daha sonra İngilizlerin söylediği şekliyle "hukukun üstünlüğü" (*rule of law*) kavramına yakın bir şeyi beslemiştir.

Kilise'nin Anayasa Hukuku Olarak Kurumsal Hukuk

Yetki ve otorite üzerindeki yasal sınırlandırmalar, on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın yeni kanon hukuku sisteminin temel anayasal ilkeleriydi. Yine de bu yasal ilkenin uygulama usulünün tahlili anayasa hukukundan ziyade kilisenin kurumsal hukukunun [*corporation law*] dikkate alınmasını gerektirmektedir. Zira kanon hukukçularına göre, bir tüzel kişilik olarak kilise, münferit görevlilerine (papa, piskopos, papaz gibi) yargı yetkisi vermiştir ve verilen bu yargı yetkisinin doğasını ve sınırlarını belirleyen de kurumsal hukuktur.

"Korporasyon" terimi (*universitas*; keza *corpus* ya da *collegium*), kendisini tanımlamaya ve uygulanabilecek kuralları açıklamaya yarayan pek çok diğer terim gibi Roma hukukundan alınmıştır. Yine de Romalıların korporasyon hukuku ile on ikinci yüzyılın Batı Avrupalı hukukçularınınki arasında asli farklılıklar bulunmaktadır.

---

[39] Tierney, *Conciliar Theory*, s. 97.

Iustinianus döneminin[40] Roma hukukuna göre devlet (hâlâ *populus Romanus* olarak adlandırılıyordu) bir korporasyon olarak düşünülüyordu ancak haklar ve yükümlülükler, mahkemelerde düzenlenmekten ziyade idari olarak düzenleniyordu ve medeni hukuka tabi değildi. Ancak imparatorluk hazinesi mülkiyet hakkı ile birlikte diğer medeni haklara ve yükümlülüklere sahipti ve olağan mahkemelerde dava açabiliyor ya da dava edilebiliyordu. Belediyeler de mülkiyet ve sözleşme hakkı olan, bağış ve miras kabul edebilen, dava eden ve edilebilen ve genel olarak temsilcileri aracılığıyla hukuki işlem yapabilen korporasyonlardı. Benzer biçimde, mezhep temelinde bir araya gelenler, cenazelerin gömülmesi ile iştigal edenler, siyasi birlikler, esnaf ve tacir loncaları gibi pek çok özel birlik de her ne kadar hakları ve imtiyazları imparator tarafından bahşedilmelerine bağlı olsa da korporasyon olarak kabul ediliyordu. 313 yılında; Hıristiyanlık imparatorluğun resmî dini haline geldiğinde -ve bundan belirli bir zaman öncesine kadar- kilise ve manastırlar da bağış ve miras kabul etme ile mülkiyet ve sözleşme yapma hakkı olan ve temsilcileri aracılığıyla hukuki işlem yapma hakkına sahip olan birlikler listesine eklenmiştir. Üstelik Iustinianus'un yasalarına göre hayır kurumları da; hastaneler, barınaklar, yetimhaneler, imarethaneler ve huzurevleri de özel amaçlarla ve piskoposun kendi bölgesinde denetleme hakkı saklı kalmak üzere bağış ve miras kabul edebiliyordu (Ne Doğu'da ne Batı'da kilisenin tamamı için geçerli olacak bir hukuki bir varlık olarak korporasyon kavramı mevcut değildi).

Roma hukukçuları, tanımlara ve teorilere olan yoğun husumetleri nedeniyle *universitas*'ların üyeleri ile ilişkilerine ilişkin sorulara genel terimlerle atıfta bulunmamışlardır. *Digesta* veciz bir şekilde şöyle demektedir: "Korporasyonun olan bireylerin değildir" yine "Eğer bir şey korporasyona aitse bireylere ait değildir; bireyler korporasyona ait olanlara sahip olamazlar". Bununla birlikte Roma hukukçuları; bir korporasyonun varlığının ve yetkilerinin kaynağının kamu otoriteleri mi yoksa kurucuları mı olduğu yoksa yetkilerini bir birlik olan kendi doğasından mı

[40] Roma korporasyon hukukuna ilişkin az ve öz bir araştırma için bkz. W.W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2nd ed. (Cambridge, 1932), s. 175. Roma korporasyon hukuku kavramları ile modern Batılı kavramların karşılaştırılmasına ilişkin dört dörtlük bir analiz için bkz. P.W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (Cambridge, 1938).

aldığı; memurlarının hangi yetkileri kullanabileceği, hangi yetkileri üyelerinin rızası olmadan kullanamayacağı; memurların nasıl seçileceği ve nasıl ve neden görevden alınabilecekleri gibi pek çok sorunu tartışmamışlardır. Hatta "tüzel kişi" ya da "tüzel kişilik" kavramları dahi Roma hukukçuları tarafından nadiren kullanılmış; hiçbir zaman tahlil edilememiştir. On ikinci yüzyılda korporasyon hukukunun dizgeleştirilmeye başlamasıyla birlikte Batı hukuk düşüncesinde beliren korporasyon hukukunun Roma hukukuna içkin ilkeleri fark edilebilir. Bunlardan ikisi; korporasyonun temsilcileri aracılığıyla hukuki işlem yapabilmesi ilkesi ile korporasyonun hakları ve yükümlülüklerinin onun görevlilerinin hak ve yükümlülüklerinden ayrı olduğu ilkesidir.

Korporasyonlara ilişkin Roma hukuku kuralları, kilise tarafından Batı Avrupa'nın Cermen halklarına taşınmıştır. Öte yandan bu kurallar, kilise topluluklarının kurumsal doğasına ilişkin kavramlarla ve genel olarak Cermen birliklerinin kurumsal doğasına ilişkin kavramlarla zorunlu olarak çatışmıştır. Aziz Paulus, kiliseyi İsa'nın bedeni ya da gövdesi olarak tanımlamış (1 Cor. 12:27) ve Galatyalılara şöyle yazmıştır: "Hepiniz İsa Mesih'te birsiniz" (Gal. 3:28). Kilise için kullanılan diğer Hıristiyan metaforları şunlardı: "eş", "hayat arkadaşı" ve "anne". Bütün bu kişileştirmeler inananların "arkadaşlığına, kardeşliğine" başvurmak anlamına geliyordu; "azizlerin birliği", "inançlıların topluluğu". Her ne kadar bütün Hıristiyanlar'ın her yerde ruhani bir beden topluluk oluşturduğu kabul edilse de esas vurgu, münferit kiliselerin ve diyakozların ruhani birliği üzerineydi. Bu bağlamda daha ileride münferit kiliselerin rahiplerinin -kilise papazının, piskoposun ya da sürünün diğer bazı çobanlarının- kendi kiliseleri ile ruhani bir evlilik birliği içinde oldukları vurgulanmıştır. İsa'nın Evrensel Kilise ile evli olduğuna inanıldığı gibi, piskopos ya da papazın da yerel kilise ile evli olduğuna inanılıyordu. İsa, Kilise'yi; bedeni temsil eden baş olarak temsil ediliyordu. Hıristiyanlığın bu düşünceleri, kiliseleri korporasyon olarak ele alan Roma hukukuna içkin düşüncelerle taban tabana zıttı. Bu, Roma İmparatorluğu'nda yahut Cermen imparatorlarının ve krallarının yönetimi altındayken Kilise'nin münferit kiliselere Roma hukukuna göre korporasyon statüsü vermeye karşı olduğunu söylemek değildir. Aksine, Kilise bu statünün korumasında olmaya istekliydi. Öte yandan, Roma hukukuna göre Kiliseleri bir korporasyon oluşturan Hıristiyanlar'ın, korporasyon adına ve yararına

hareket eden papazlarına hiçbir sorumluluk yüklememeleri en azından bir anomaliydi; daha da tuhaf olanı papazların kendilerini temsilci olarak görmeleri ama örneğin birliğin dâimi üyesi ya da ortağı olarak görmemeleriydi.

Birliğe ilişkin Cermen kavramları, kiliseyi "bir kişi" *a corpus mysticum* olarak gören Hıristiyanlığın kavramları ile benzerlik gösteriyordu. Cermen hukukunun büyük tarihçisi Otto von Gierke, Cermen haneleri, savaşçı çeteleri, klan ya da köylerinin tüm üyelerinin ortaklaştığı bir grup kimliğinin olduğunu tasavvur etmiştir; grubun mülkü ortak mülktür ve herkes ondan sorumludur. Yine Gierke'ye göre bu *Genossenschaft* ("kardeşlik") birliğini ve ereğini ilahi ya da beşerî yüksek bir otoriteden değil; sadece kendi bünyesinden yani, üyelerinin, kendi belirledikleri amaçlarına ulaşmak için gönüllü birlikteliğinden almaktadır.[41]

On ikinci yüzyılın kanon hukukçuları, kiliseye uygulanabilecek korporasyon hukukunun yeni sistemini geliştirirken, Romalıların, Cermenler'in ve Hıristiyanlar'ın kurumsal varlıklara ilişkin erken dönem kavramsallaştırmalarından istifade etmiştir. Bir aşamaya kadar da bu üçünün kavramlarını uyumlaştırmışlardır. Ancak hukuki akıl yürütmenin soyut bir uygulaması olsun diye değil aksine Papalık Devrimi'nin hemen ardından ortaya çıkan hukuki çatışmalara; kilise ile seküler otoriteler arasındaki çatışmalar kadar kilise bünyesindeki çatışmalara da hakiki çözümler bulabilmek için böyle yapmışlardır. Kanon hukukçuları aynı zamanda bu çatışmalar arasındaki karşılıklı ilişkileri de araştırmış ve çözümün zeminini oluşturabilecek ilkeleri dizgeleştirmenin yollarını aramışlardır.

Aşağıdaki sorular, on ikinci yüzyılda, davalarda ne tür pratik meselelerin belirdiğini göstermektedir.

- Kurumun başının (diyelim bir papaz) dava açma kararı vermeden yahut mahkemede bir iddiaya cevap vermeden evvel üyelerine (kurula) danışması gerekir mi? Sadece danışması yeterli midir yoksa rızalarını alması da gerekir mi? Peki ya mülkün devir ve ferağı yahut çeşitli imtiyazların bağışlanması söz konusu olursa?
- Bir kurul, piskoposun karşı tarafla kurulun rızası olmaksızın yaptığı bir anlaşmayı tanımayabilir mi?
- Bir kurulun rızasının olup olmadığı nasıl belirlenecektir?

[41] Otto von Gierke, *Das deutche Genossenschaftsrecht*, 4 vols. (Berlin, 1868-1913).

- Yönetimde bir boşluk oluştuğunda; yani mevcut lider öldüğünde, çekildiğinde ya da azledildiğinde yönetim yetkisini kim kullanacaktır?
- Eğer bir kilise kurulundaki ruhbanlar, piskopos hastalık ya da yaş nedeniyle zafiyetteyken piskoposun adına hareket edebiliyorsa, piskopos ihmalkâr davrandığında da onun adına hareket edebilir mi?
- Bir tüzel kişi suç işleyebilir mi veya haksız fiilde bulunabilir mi? Suçtan ve haksız fiilden kurum sorumlu tutulabilir mi?
- Bir kilise korporasyonu papanın izni olmadan oluşturulabilir mi?
- Bir korporasyon bütün üyelerini kaybetse dahi varlığını sürdürebilir mi? Eğer sürdüremiyorsa üye olma yeterliğine sahip bir ya da iki başvurucunun olması halinde canlandırılabilir mi?
- Artık mevcut olmayan bir korporasyonun mülküne ne olur?
- Bir korporasyon üyeleri için yasa çıkarabilir mi, yasakoyma yetkisini kendisi adına kullanacak bir *magistrate* seçebilir mi? Davalarda kendi adına karar verecek bir yargıç seçebilir mi?
- Bir korporasyon kendisine belli bir amaca tahsis edilerek verilen bir mülkü hukuka uygun başka bir amacı yerine getirmek için kullanabilir mi?
- Son soru: Bu soruların yanıtları, bir piskoposluk, manastır ya da yerel bir kurum değil de İsa'nın yeryüzündeki tek vekili tarafından yönetilen Roma Kilisesi söz konusu olduğunda değişir mi?

Bu pratik hukuki sorular Batı'da, kendisini imparatorlardan, krallardan ve feodal lordlardan bağımsız bir kurumsal hukuki varlık -*universitas*- olarak ilan eden Kilise'de ortaya çıkmıştır. Bu sorulara ilişkin çarpıcı olanların ilki hukuki formülasyonu, ikincisi aralarındaki karşılıklı ilişkiye dair yüksek bir farkındalık, üçüncüsü ise (ikincisiyle ilgili olarak) bu sorulara verilen yanıtların sistematik karakteri; yani tatmin edici çözümlere ulaşmak için korporasyon hukukunun dizgeleştirilmesine ilişkin bilince başvurulmasıdır.

On birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca Roma Katolik Kilisesi'nde geliştirilen korporasyon hukuku, bütün bir kanon hukukunun alt-sistemi olarak nitelendirilebilir. Bu, Romalıların Iustinianus'un metinlerinde buldukları korporasyon hu-

kukundan farklıdır. Öncelikle kilise, kamu kurumları dışında (kamu hazinesi, kentler, şehirler) kalan kurumlardan sadece imparatorluk tarafından imtiyaz ve özgürlükler bahşedilen birlikleri korporasyon kabul eden Romalıların anlayışını reddetmiştir. Aksine kanon hukukuna göre, gerekli yapıya ve amaca sahip herhangi bir grup -örneğin, imarethane veya hastane ya da öğrenci yurdu yahut piskoposluk veya Evrensel Kilise- daha yüksek bir otoritenin özel bir iznine gerek duymadan korporasyon oluştururdu.[42] İkincisi, kilise, Romalıların sadece kamusal bir kurumun üyeleri için yeni bir hukuk yaratabileceğine ve onlar üzerinde yargısal yetkisinin olabileceğine dair görüşünü reddetmiştir. Aksine kanon hukukuna göre, herhangi bir korporasyon üyelerine ilişkin yasal düzenleme yapma (yasama) ve onları yargılama "yetkisi"ne sahip olabilir. Üçüncüsü, kilise Romalıların bir korporasyonun ancak temsilcileri aracılığıyla harekete geçebileceğine, üye topluluğu aracılığıyla hareket edemeyeceğine dair görüşünü de reddetmiştir. Zira kanon hukukuna göre, belirli durumlarda harekete geçilebilmesi için üyelerin rızası gerekmekteydi. Dördüncüsü kilise Romalıların, "korporasyona ait olan onu üyelerine ait değildir" biçimindeki ilkesini de reddetmiştir. Kanon hukukuna göre, korporasyonun malvarlığı onun üyelerinin ortak malvarlığıydı ve bu nedenle üyelere vergi salınabilirdi. Aksi halde borçlarını ödeyecek araçları olmazdı.[43]

Kanon hukukunun bunlar ve benzeri kural ve kavramları, korporasyonu kişiliği ve iradesi olan bir kardeşlik grubu olarak gören Cermen düşüncesini yansıtmaktadır. Oysa Romalılara gö-

---

[42] Bkz. Pierre Gillet, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décrétalistes et dans le Code du droit canonique* (Malines, 1972), s. 61. Gillet, şarihlerin yani Roma hukukçularının teorilerini analiz eder ancak bu teoriler özünde kanon hukukçularınınkiler ile aynıdır ve pek çoğu kanon hukukçularının yazmalarından derlenmiştir. Gillet "korporasyon" teriminin "her biri onun adaletini sürdürmek için oluşturulan" (s. 70) her türlü dinî ve seküler birlik için kullanıldığını belirtmektedir. Çeşitli Latince sözcükler; *universitas, collegium, corpus* ve *societas* aynı anlamda kullanılıyordu; ayrıca dinî ve sivil (medeni) "kuruluşlar" korporasyon olarak değerlendiriliyordu. Bir kuruluşun korporasyon olarak nitelendirilebilmesi için en az üç üyesinin olması gerekiyordu. Örgütlenmeye ilişkin herhangi bir şart ya da belirli bir şekil aranmıyordu.
Plöchl'e göre, bu dönemde hukuki kişiliği olan bireysel dinî oluşumların kurulabilmesi için daha yüksek dinî otoritelerin onayının ne dereceye kadar alınması gerektiği sorusunun kesin bir yanıtı yoktur. M. Plöchl, *Geschihte des Kirhenrechts,* I (Vienna, 1953), 175.

[43] Plochl, *Geschichte*, s. 73.

re, korporasyon; kimliği daha yüksek bir otorite tarafından tanınan bir "kurum"dur.[44] Öte yandan kanon hukukunun diğer kural ve kavramları, korporasyonun "kurumsal" kimliği olduğu düşüncesini yansıtmaktadır. Bu nedenle her korporasyonun kurumun kendi başına yapamayacaklarını icra eden (örneğin malvarlığını idare eden ya da ihtilafları çözen) ve kurumunkinden farklı hakları olan bir başı olmalıdır (genellikle dinî kurumlarda rektör ya da papaz, lâik kurumlarda ise yönetici ya da başkan olarak adlandırılırdı). Kurumun başı diğer görevlileri ile birlikte bir tür vasi ya da kayyım; korporasyon da bir tür küçük (reşit olmayan) ya da vesayet altındaki kişi olarak görülürdü.[45] Roma hukukunun aksine kanon hukuku, üyelerinin büyük çoğunluğunun rızası ile kusurlu bir şekilde hareket eden korporasyonun medeni ve cezai sorumluluğunu öngörüyordu. Yine Cermen hukukunun aksine kanon hukukuna göre, görevlilerin kusurlu davranışları, korporasyonun kendisine atfedilemezdi.[46] Böylece bir kente, uyruklarının suçları nedeniyle kilise yasak koyabilirdi ama teorik olarak memurlarının suçları nedeniyle yasak konamazdı.

Bu ana dek anlatılanlar, Gierke'nin Orta Çağ'ın korporasyon hukukunun, korporasyonu bir grup kimliği olarak kabul eden Cermen anlayışı ile onu yapay bir kurum (*Anstalt*) olarak gören Roma anlayışı arasında gidip geldiği yönündeki tezini desteklemektedir (Gierke, on dördüncü yüzyılda Avrupa'ya felaket getiren, zira mutlakçı görüşlerin temelini oluşturan Roma anlayışının galip geldiğini iddia etmektedir).[47] Gierke'nin tezi, Orta Çağ

---

[44] Bkz. Gierke, *Genonssenschaftsrecht*, vol. III. Şüphesiz, bu karşıtlık, "Uzmanı ve peygamberi olduğu Cermen *Genonssenschaft*'ları ile aralarında keskin bir karşıtlık yaratmak için Roma korporasyonlarının devletten bağımsızlığını vurgulamaya bayılan ve bu hususta bir sanatçı olan" Gierke, bu karşıtlığı abartmıştı. Duff, *Personality*, s. 118.

[45] Gillet, *La personnalité juridique*, s. 76.

[46] Ibid., ss. 77-78. Bkz. Walter Ullmann, "The Delictal Responsibility of Medieval Corporations", *Law Quarterly Review*, 64 (1948), 77.

[47] Gierke'nin korporasyonun "kurgusal" teorisine dair tezi; yani korporasyonun varlığını ve yetkilerini siyasi otoriteden alan yapay bir kişilik olduğu tezi, Papa IV. Innocent'in şimdi çoktan çürütülmüş olan on üçüncü yüzyıldaki bir kararnamesine dayanmaktadır. Bkz. Gillet, *La personnalité juridique*, s. 163; Duff, *Personality*, ss. 221-224; Tierney, *Conciliar Theory*, s. 98. Gillet kanon hukukçularının kurgu teorisinin, Gierke'nin bu teorinin ne olduğuna dair fikirleri ile aynı olmadığını göstermektedir. Kanon hukukçuları, bir korporasyonun (*universitas*) üyelerinin hukuka göre (*finguntur*) bir insanı oluşturduğunu söylemişlerdir. Gierke'ye göre kurgu te-

kanon hukukçularının görünürde her iki anlayıştan da habersiz olmaları nedeniyle etkisini kaybetmiştir.[48] Hatta Gierke'nin tezinin etkisi her iki anlayışın da fazla abartılmış olması nedeniyle ciddi bir biçimde azalmıştır. Hukuki anlamda kurum kimliği, sadece grubun bünyesinde ortaya çıkabilir ve varlığı daima bu kimliğin diğerleri tarafından tanınmasına bağlıdır, başka deyişle parçası olduğu daha büyük topluluk tarafından tanınmasına bağlı olduğu şüphelidir. Hukuki anlamda kurum kimliğinin; öncesinde ortak bir çıkarı olan ve bir birlik gibi hareket etme yeterliğine sahip bir grup olmaksızın öylece toplum ya da devlet tarafından tanınabileceği de aynı ölçüde şüphelidir.

Tierney, kanonik hukukçuların on üçüncü ve on dördüncü yüzyıllara kadar -yani korporasyonlara dair kanon hukukunun dizgeleştirilmesinden iki yüzyıl sonraya kadar- "tutarlı bir korporasyon hukuku teorisi" geliştiremediklerini; hatta korporasyonun özüne ilişkin felsefi problemlerle ilgilenmediklerini" vurgulamaktadır.[49] Bu iki husus korporasyon hukuku sisteminin – "tutarlı teori"nin- güncel duruma ve kilisenin karşılaştığı güncel problemlere bir cevap olduğunu fakat duruma ve problemlere ilişkin öncelikli bir entelektüel çaba olmadığını açıklamaya yardımcı olacaktır. Yine de korporasyonlara ilişkin kanon hukuku sisteminin en başından itibaren felsefi ön-kabullere dayanmadığını varsaymak doğru olmayacaktır. Kanon hukukçularının bü-

---

orisinin oluşturulması olarak ele aldığı Papa IV. Innocent'in ünlü metnine göre "*Collegium in causa universitatis fingatur una persona*- korporasyonu ilgilendiren bir hususta kolektif, tek bir insanmış gibi değerlendirilir". Ancak bu, korporasyonun üyelerinden ayrı soyut bir bütün olarak var olduğunu ya da korporayonun özünün kolektif, üyelerinin de ilinek olduğunu söylemek değildir. Ne IV. Innocent ne de diğer kanon hukukçuları ne böylesi teoriler geliştirmiştir ne de "hukuki kişilik" görüşünün zorunlu olarak bir kolektife, gruba ya da kuruluşa atfedilebileceğini ima etmişlerdir. On ikinci ve on üçüncü yüzyılın kanon hukukçuları, Gierke'nin varsaydığı gibi "abartılmış realistler" değillerdir. Aksine, ılımlı nominalist bir görüşü yansıtan korporasyon hukuku, kanon hukukçuları tarafından geliştirilmiştir (bkz. 48. dipnot). Korporasyon hukuku, bir bireyin hukuki kapasitesi, hakları ve yükümlülüklerindeki gibi bir grubun hukuki kapasitesi, hakları ve yükümlülüklerinin de ilahi ve doğal hukuk kadar kilisenin ve seküler yönetimlerin pozitif hukuku da dâhil olmak üzere hukukun kendisi ile aynı kaynaklardan türediğini yansıtmaktadır. IV. Innocent, bir grubun kendi mülkünün olmasının, sözleşme yapabilmesinin, dava edebilmesinin ve edilebilmesinin; bir bireyin bu haklara sahip olmasından daha yapay ya da "kurgusal" olmadığını da söyleyebilirdi.

[48] Bu husus Tierney tarafından vurgulanmıştır, bkz. *Conciliar Theory*, s. 101.

[49] Ibid., ss. 96, 101.

yük çoğunluğu bir grubun, üyelerinden ayrı bir kişiliği ya da iradesinin olmadığını söyleyen nominalist tutumu benimsemiştir.[50] Bu felsefi tutum hem Gierke'nin romantik teorisinden hem de Gierke'nin mücadele ettiği pozitivist teorilerden ayrılmaktadır. Daha önemlisi, bu felsefi tutum korporasyon hukuku sisteminin yapısına kısmen uygundur zira kurumun üyeleri ile memurları arasındaki güç dağılımına ilişkin olarak ortaya çıkan hayati önemdeki hukuki problemlere tarafsız bir temel sunmaktadır.

Böylece bir korporasyonun parçaları, *bütünün parçası* olarak kabul edildiğinde; haklarını ve görevlerini üyelerin üye olarak, başın baş olarak hak ve yükümlülükleri olarak değerlendirmek ve bu iki hak ve görevler dizisi arasındaki ilişkiyi kurmak daha kolay olacaktır. Bu yaklaşım, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyıldaki yasalarda örtük olarak mevcuttur ve Gratianus'un çalışmasında görmek mümkündür. Ona göre, bir piskopos kendi bölgesindeki kilisenin başı olarak; kurul arpalık ve imtiyaz tanırken, kilisenin malvarlığının devir ve ferağında ve davaları görürken üyelerinin iş birliğine ihtiyaç duyar.[51] Bundan birkaç on yıl sonra Papa III. Aleksander, kimi vakalarda kilise kurulunun "tavsiye"sinin ve "rıza"sının gerektiğini belirterek bu kuralı onaylamış ve kapsamını genişletmiştir.[52] "Kilise kurulu"ndan anlaşılması gereken kuruldaki ruhbanlardır. Daha sonraki kanon hukukçuları tavsiye ve rızanın kavramlarını genişletirken çeşitli hak alanlarını birbirinden ayırmıştır: esas olarak korporasyonun hakları, münferit üyeler ve memurlar olarak korporasyonun münferit üyelerinin ve memurlarının hakları ve korporasyonun ve münferit bir üyenin ya da memurun ortak hakları. Böylece eğer bir avukat yahut başka bir görevli esas olarak yetkili papaza dokunan bir mevzuda görevli olarak atanırsa, onun yetkili papaz tarafından kilise kurulunun da rızasıyla atanması gerektiği; eğer mesele esas olarak kilise kurulu ile ilgiliyse kurul tarafından yetkili papazın tavsiyesi ile atanması ge-

---

[50] Tierney bunu "ılımlı rasyonel" tutumu olarak adlandırmaktadır (ibid., s. 102). Bu bağlamda da on dördüncü yüzyılın büyük hukukçusu Bartolus'un söylediğine atıfta bulunmaktadır. "Bütün filozoflar ve kanon hukukçuları gerçekte [*realiter*] bütünün parçalarından ayrılmayacağına [inanır]". Ne var ki bu nominalist bakış açısının klasik iddiasıdır. Bkz. 3. Bölüm.

[51] Ibid., s. 111.

[52] Ibid., Tierney, başlarda iki kavramın; "tavsiye etmek" (*consilium*) ile "tasdik etmek"in (*consentio*) karıştırıldığına dikkat çekmektedir.

rektiği ve eğer mesele hem yetkili papaza hem de kurula dokunuyorsa (ilk durumda olduğu gibi) onun yetkili papaz tarafından kilise kurulunun da rızasıyla atanması gerektiği söylenmiştir.[53] Bir kanon hukukçusu bu kuralları genel bir çerçevede açıklamıştır. Buna göre, dava bir kurum olarak bütün korporasyonu ilgilendiriyorsa kurulun rızası gerekmektedir, zira o kurumu piskopos ve kurul birlikte oluşturmaktadır.[54] Burada da Hıristiyan metaforları kullanılmıştır; piskopos kilisesi ile tıpkı papanın, İsa'nın yeryüzündeki tek temsilcisinin Evrensel Kilise ile evli olduğu gibi evlidir. Öte yandan kurumsal bir varlık olarak kilise hukuken ruhban sınıfı olarak tanımlanmıştır ve rızası alınması gereken "inançlıların topluluğu" değil kilise kuruludur.[55]

Kilise korporasyonlarının özellikle katedral kurulları da (piskoposluklar) dâhil olmak üzere başındakilerin ve üyelerinin yetkilerinin tahlil edilmesi; on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kilise otoritelerinin ve seküler otoritelerin danışma kurullarının ve astlarının tavsiye ve rızasına gerek olmadan tek başlarına kullanabilecekleri yetkilerin sınırlandırılmasına ilişkin hukuki teorinin ge-

---

[53] Ibid., s. 111.

[54] Ibid.

[55] Ibid., s. 117. Tierney (ibid., ss. 103-104), Bernardus Permansus'un "bir piskopos, meclisinin onayı olmaksızın bir hukuk mahkemesinde dava açabilir mi ya da bir iddiayı cevaplayabilir mi?" sorusuna ilişkin olarak yazdığı şu pasajda, kanon hukukçularının kullandığı hukuki yönteme dair muazzam bir örnek vermektedir. "Piskopos, öncelikle şu kaçınılmaz organik metaforu ileri sürmüştür -piskopos ve meclisi tek bir gövde olduklarından ayrı ayrı hareket edemez... Ancak karşıt görüşte olduğu belli olan Roma hukuku metinlerinden alıntılarla devam etmiştir... Sonra, bir piskoposun, kilisesinin çıkarlarına zarar vermeyen belli türdeki davalarda tek başına hareket edebileceğini iddia ederek ve yeri gelmişken Roma hukukunun kurallarının dinî nitelikteki davalarda bağlayıcı olmadığını belirterek kendi sonucuna ulaşmıştır: *Nec in rebus ecclesiasticis stamus legibus illis sed canonibus...* Organik metaforun problemi ele almanın tek yolu olmadığını gösterir gibi Roma hukuku ilkelerini de ileri sürmüş ancak daha sonra Kilise'nin esenliğini en fazla koruduğu görülen çözümü öne çıkarmıştır". Tierney, yerinde bir tespitle bu pasajda, kavramları ve metinleri ele alma yönteminin "bizi kanon hukukçularının başarısının merkezine götürdüğü" sonucuna ulaşmıştır. "Kilise'nin günlük hayatının idamesi -daha azı değil- kanon hukukçularının uğraştıkları hukuki ihtilaflar seli karşısındaki esas görevleriydi; bu nedenle de dinî korporasyonların ve üyelerinin hakları ile ilgili meseleler genellikle kendi içinde önemsizdi. Kanon hukukçularının hem acil sorunlara çözümler bulmaları hem de süreç içerisinde korporasyonun yapısına ilişkin zekice ve uyumlu bir teori geliştirmeleri, onların entelektüel başarısıydı. Piskoposların haklarına, piskoposluk kurullarının haklarına ve her ikisinin de ortak haklarına dair üçlü ayrımı geliştiren bizzat Bernardus Parmensus'tu.

lişmesini sağlamıştır. Tam da bu noktada şu Roma hukuku ilkesi benimsenmiş, dönüştürülmüş ve bir anayasa hukuku ilkesi seviyesine yükselmiştir: "Herkesi ilgilendiren bir mesele herkes tarafından değerlendirilmeli ve kabul edilmelidir".[56]

Kilise'nin Yargı Yetkisinin Üzerindeki Sınırlamalar

On birinci yüzyılın sonlarından evvel, kilisenin yetkilerinin - geniş anlamıyla yargı yetkisi kadar yasa yapma ve yönetim yetkileri ile birlikte- belirlenmiş kesin sınırları bulunmuyordu. Kilise otoriteleri ile seküler otoritelerin yetkileri dikkat çekici biçimde örtüşüyordu. Yine kilise bünyesinde de papazın ya da piskoposun önüne getirilecek meseleler ile günah çıkaran rahibin ya da kefaret cezalarını uygulayan rahibin önüne getirilecek meseleler arasında açık bir ayrım olmadığı gibi meselelerin yönetici olarak mı yoksa yargıç olarak mı önlerine getirilecekleri hususunda da açıklık yoktu. Papazın ya da piskoposun yaptığı her şeyin onun atanmış olmasından kaynaklandığı varsayılıyordu, yetkiyi veren, yargı yetkisine sahip olması değil atanmış olmasıydı. Öte yandan papaz ya da piskopos olarak atanmış olsalar da otoriteleri henüz ayrılmadığı için pek çok bakımdan imparatorların, kralların ve baronların otoritesine tabiydiler. Zira papaları, piskoposları ve papazları; imparatorlar, krallar ve baronlar atıyor, onlara egemen oluyor ve sıklıkla kararlarını geçersiz kılıyorlardı. Kilise'nin yetkileri üzerinde az çok belirgin sınırlar konulmasını hem zorunlu hem de mümkün kılan ve böylece dizgeleştiren; ruhban sınıfını lâiklerden bağımsızlaştıran ve ruhani olan ile seküler olan ayrımını vurgulayan Papalık Devrimi olmuştur.

---

[56] *"Quod omnes tangit omnibus tractari et abbrobari debet"* önermesi, şu kurala atıfta bulunmaktadır. Çeşitli kayyımlar (tutores) bölünmemiş bir yetkiye sahiplerse, ortak yönetimleri, hepsinin rızası olmaksızın tasfiye edilemezdi. On ikinci ve on üçüncü yüzyılın Roma hukukçuları ve kanon hukukçuları, bu kuralı; Digesta'da bulunan ve herkesin rızasını gerektiren ortak hak sahipliğine ilişkin diğer kurallarla birlikte değerlendirmiştir. Özellikle de davanın usulü doğasının bu kişilerden birinin lehinde ve aleyhinde olduğu durumlarda. Karakteristik olarak da bir korporasyonu ya da başka bir topluluğu ilgilendiren hukuki işlemlerde, karşılaştıkları çeşitli kuralların altını çizmek için bu ilkeye başvurmuşlardır. Bu işlemler, topluluğun ortak yararına olduğundaysa, bütün üyelerin, üyelerin çoğunluğunun ya da kıdemli üyelerin (*sanior pars*) rızasının aranması gerektiği sonucuna ulaşmışlardır. Ancak bu öğretinin çerçevesi kaynakları ve devamlılığı bakımından bir şekilde usuli gerekliliklerle sınırlıydı. Bu konuda ilgi çekici bir tartışma için bkz. Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought* (Princeton, 1964), chap. 4, "A Romano-Canonical Maxim, *Quod Omnes Tangit*, in Bracton and in Early Parliaments".

Tipik olarak -burada hukuk bilimi pozitif hukuka ışık tutmaktadır- yargı yetkisinin ikiye ayrıldığı söylenir: Belirli insanlar üzerindeki yargı yetkisi, (*ratione personarum,* "kişi unsuru nedeniyle") ile belli tipteki davranışlar ve ilişkiler üzerindeki yargı yetkisi (*ratione materiae,* "dava konusu nedeniyle"). Kilise, şu kişiler üzerinde yetkili olduğunu iddia etmiştir: (1) Ruhbanlar ve onların hane halkı (2) Öğrenciler (3) Haçlı askerleri (4) Yoksullar, dullar ve yetimler dâhil *personae miserabiles* ("bîçare insanlar") (5) Hıristiyanlar'a karşı olan davalarda Yahudiler (6) Kendi güvenlikleri ve huzurları için zorunlu olduğunda denizciler ve tacirler dâhil seyyahlar. Bu, seküler otoritelerin aleyhine sert mücadeleler verdikleri ve sıklıkla bazı başarılar elde ettikleri ünlü ya da kötü namlı *privilegium fori* ("mahkeme imtiyazı" ya da "ruhbanların yararı") idi.

Kanon hukuku, ruhban sınıfının kilisenin yargısal imtiyazlarından feragat etmesini yasaklamıştı. Öte yandan, uygulamada çeşitli suç tiplerinde ve bazı medeni davalarda ruhban sınıfı seküler yargıya tabiydi. Aynı zamanda kilisenin öğrenciler ve haçlı askerleri üzerindeki yetkilerine mahsus kimi muafiyetler vardı ve dilerlerse yargı yetkilerinden feragat edebilirlerdi. Papalık Devrimi'nden evvel, öncelikle imparatorların ve kralların himayesinde oldukları düşünülen biçare kimseler sonradan kilisenin yetkisine tabi olmuştur, özellikle seküler otoritelerin onları yeterince koruyamadığı durumlarda. Aynı durum Yahudiler ve seyyahlar için de geçerliydi. Kilise, onlar imparatorların ve kralların üzerindeki yetkilerini bertaraf etmeye değil; yalnızca eksik kalan hususlarda tamamlamaya çalışıyordu.

Kilise'nin yetkisi her ne kadar zaman zaman seküler otoritelerle menfaat çatışmasına neden olsa da yukarıda sayılan altı grup insanın karıştığı bütün davaları kapsayacak biçimde genişlemiştir. Kilise'nin "dava konusu nedeniyle" olan yetkileri ise, belirli tipteki davalara karışan herkesi; ruhbanları ve lâikleri de kapsayacak biçimde genişlemişti, yine de kimi imtiyazlar ve muafiyetler vardı. Kilise'nin yetkili olduğunu iddia ettiği esas dava tipleri sözüm ona ruhani davalar yahut ruhani meselelere ilişkin davalardı. Ruhani davalar başlıca şunlardan kaynaklanıyordu: (1) Ayinlerin yönetilmesi (2) Tanıklıklar (3) Papazların maaşları, kilisenin malvarlığının yönetilmesi, kayırma ve aşar biçimindeki vergiler (3) Yeminler -iyi niyetliler dâhil- (4) Kilise'nin yasakladığı günahlar. On ikinci yüzyılda hukuk biliminin, maddi huku-

kun çeşitli dallarını geliştirmeye başladığı zemin, işte yargı yetkisinin bu formasyonudur. Geliştirilen çeşitli hukuk dalları, aile hukuku (evlilik törenine ilişkin yetkiler üzerine), miras hukuku (tanıklığa ilişkin yargı yetkisi üzerine), mülkiyet hukuku (arpalıklara ilişkin yetki üzerine), sözleşme hukuku (iyi niyetli tasarruflara ilişkin yetkiler üzerine), ceza hukuku ve haksız fiil hukuku (günahlara ilişkin yetkiler üzerine). Kilise'nin kendi yargı çevresinde yetkili olduğu varsayılmıştır ve kilise de bu temelin üzerine korporasyon hukukunun gövdesini inşa etmiştir.

Kilise, kendi yargı yetkisini tercih edenlere sunduğu başka nedenlerle de yargı yetkisinin kapsamını genişletmiştir. Medeni bir ihtilafın tarafları *prorogation* (temdit) adı verilen bir usulden yararlanarak bir anlaşma ile ihtilafların çözümü için davalarını bir kilise mahkemesine yahut hakemliğine gönderebilirdi. Böyle bir anlaşma daha en başta, ileride sözleşmeden doğabilecek sorunların çözümü için seküler yargıdan feragat ederek kilisenin mahkemesine ya da hakemliğine başvurmayı mümkün kılan bir cümlenin sözleşmeye eklenmesi biçiminde yapılabilirdi. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda seküler yargının birincil niteliği nedeniyle taraflar genellikle sözleşmelerine feragat hükümlerini eklerlerdi.

Ayrıca kanon hukukuna göre, davanın taraflarından birisi, karşı tarafın rızası olmasa bile, "seküler yargının noksanlığı" temeline dayanarak bir davayı kilise mahkemesine götürebilir ya da bir davayı seküler bir mahkemeden kilise mahkemesine taşıyabilirdi. Böylece kilise kendi yargı yetkisini ve hukukunu, istisnai koşullarda, yani en temel anlamıyla bizatihi adalet tehlikede olduğunda, herkes üzerinde ve her türdeki davada uygulayabilirdi. Normalde iki ayrı türde yargı; kilise yargısı ve seküler yargı olduğu kabul ediliyordu. Gerçekten de *bütün* sorunlar kilisenin yargı yetkisine girseydi; yargı yetkisinden söz etmek anlamsız kaçardı zira bununla çelişen bir durum olmazdı. Bütün *hukuki* sorunlar sadece kilisenin yargı yetkisinde -ya da sadece başka bir yargı yetkisinde- yer alsaydı, yargı yetkisinin diğer boyutlarından değil de sadece yetkiden (ne yasal düzenlemeye tabi ne değil) söz etmek anlamlı olurdu. Yargı yetkisinin ne olduğunu tanımlamayı ve kanon hukuku sisteminin temel unsuru olarak yerini belirlemeyi mümkün ve zorunlu kılan tam da kilise yargısının ve dolayısıyla seküler yargının belirli sınıflardaki insanlarla ve davalarla bilinçli olarak sınırlanmasıdır.

Aslında Batı Hıristiyanlığı'ndaki kilise yönetimleri de dâhil olmak üzere yönetimlerin her birinin yargı yetkisine ilişkin sınırlar, her bir yönetimin sadece yasaları değil yasaların *sistemini* daha önemlisi bir *hukuk* sistemini geliştirmelerini hem mümkün hem de zorunlu kılmıştır. Yetkileri sınırlandırılmamış bir yönetici yasalara uygun olarak yönetebilir. Ancak muhtemelen yasaları; ilkelerin karmaşık yapısıyla ve bu ilkelerin uygulanacağı spesifik davalarla tutarlı, bütünleşik entelektüel bir sistemde bir araya getirebilecek ne iradeye ne de hayal gücüne sahip olacaktır. Batı'da çatışan sınırlı yargı yetkilerinin rekabeti ve iş birliği her birinin sadece kendi hukukunu dizgeleştirmesini değil bunu yapabilecekleri zemini de sağlamıştır. Bu zemini kısmen münferit bütün sistemleri gevşekçe de olsa bir araya getirerek ilişkilendiren diyalektik birlik; kısmen de böylesi bir sistemi olan her topluluğun sahip olduğu farklı kaynaklar ve menfaatler hazırlamıştır.

Çatışan sınırlı yetki alanlarının iş birliği ve rekabeti, sadece hukukun dizgeleştirilmesini mümkün ve zorunlu kılmamış fakat aynı zamanda dönemin en yakıcı siyasi ve ahlaki sorunlarına hukuki çözümler sunulmasını da sağlamıştır. Siyasi ve ahlaki sorunların hukuki sorunlara dönüştürülmesi eğilimi, ki Alexis Toqueville bunu on dokuzuncu yüzyıl Amerika'sının karakteristik özelliği olarak belirtir, daha az ölçüde de olsa on birinci ve on ikinci yüzyıllardan sonraki bütün Avrupa'da da mevcuttu. Bu ise Batı'nın diğer uygarlıklarla karşılaştırıldığında görülen aşırı yasalcılığı ile siyasi ve törel tiranlıktan görece bağımsızlaşmayı başarmasına katkıda bulunmuştur.

6 | Kanon Hukuku Sisteminin Yapısal Unsurları

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda yaratılan yeni kanon hukuku sistemi, sadece kurumsal hukuki bir varlık olarak kilisenin yargı yetkisine giren hukuki ilişkileri kapsamıştır. Diğer hukuki ilişkiler, krallıklar, feodal beylikler, özerk kentler ve kasabalar da dâhil olmak üzere ayrı ayrı ama örtüşen çeşitli seküler otoritelerin yargı yetkisinde yer almıştır. Batı Hıristiyan âlemindeki herkes hayatını hem kanon hukukunun hem de bir ya da daha fazla seküler hukuk sisteminin altında sürdürmüştür. Ortak bir hukuk düzeni bünyesinde yasal sistemlerin çoğulluğu her sistemin yapısının esaslı bir unsuruydu.

Bir arada var olan hukuk sistemlerinin hiçbirisi hepsini kapsadığını ya da her konuda yetkili olduğunu iddia edemediği için her biri, egemenliği oturtmak ve sınırlamak için anayasal ilkeler geliştirmek; bu egemenliğin bünyesinde yönetim yetkilerini bölüştürmek ve üyelerinin temel hak ve ödevlerini belirlemek zorundaydı. Kanon hukuku sisteminde anayasal ilkeler, belirli kişilerin sınıfları ile belirli dava konuları üzerindeki kurumsal yargı yetkisi de dâhil olmak üzere öncelikle korporasyon hukuku çerçevesinde ifade edilmiştir.

Kilise'nin anayasa hukuku sisteminin içinden hukukun diğer alanlarına ait görece uyumlu maddi kurallar aşama aşama gelişmiştir. Nitekim kilisenin ayinler üzerindeki yetkisinin içinden aşama aşama bir aile hukuku; kilisenin vasiyetnameler üzerindeki yetkisinin içinden bir miras hukuku; kilisenin arpalıklar üzerindeki yetkisinin içinden bir eşya hukuku; kilisenin yeminler üzerindeki yetkisinin içinden bir sözleşme hukuku; kilisenin günahlar üzerindeki yetkisinin içinden ceza hukuku ve haksız fiil hukuku gelişmiştir. Bu beş hukuk alanıyla ilişkili bir de usul hukuku gelişmiştir. Bu hukuk alanları, daha sonraki yüzyıllarda özerk hukuk dalları ile aynı biçimde kavramsallaştırılmamıştır. On ikinci ve on üçüncü yüzyılın kanon hukukçuları, mülkiyetin, sözleşmenin, suç ve cezanın ve diğerlerinin genel ilkelerine dayanan çeşitli ilke ve öğretilerden mantıken doğan ve kendi ken-

dine yeten kurallar dizisi olarak -mülkiyet, sözleşme, ceza ve saire şeklinde- hukukun her dalını düzenlemeye girişmemişlerdir. On ikinci ve on üçüncü yüzyılın kanon hukuku daha az soyut ve daha az "mantıki"dir. Kanon hukukunun kategorileri de akademi hukukçularının spekülatif akıl yürütmelerinden ziyade kilise mahkemelerinin yargı yetkilerinin içinde oluşmuş ve bu mahkemelerde karşılaşılan hukuki problemlerin içinden doğmuştur. Tıpkı aynı dönemde gelişmekte olan İngiliz kraliyet hukuku gibi kanon hukuku da maddi kurallardan ziyade usul kuralları temelinde dizgeleşmek eğilimindeydi. Yine de Gratianus'tan sonra kanon hukuku, İngiliz kraliyet hukukunun aksine bir üniversite disipliniydi; profesörler davalara ilişkin kuralları, ilkeleri ve teorileri alıyor, sınıflara taşıyor, analiz ediyor ve bilimsel çalışmalarında düzenliyorlardı. Böylece daha sonra gelişecek olan yüksek özerklik ve doktrinel tutarlılık olmaksızın hukukun alt sistemleri ortaya çıkmıştır.

Hukukun alt sistemlerinin ya da alanlarının her biri kendi yapısal unsurlarını sergilemiş ve her biri bir bütün olarak sistemin yapısal unsurlarını farklı bir yolla sergilemiştir. Örneğin kanon ceza hukuku kanon hukukunun diğer alanlarının hepsini etkileyen günah kavramı üzerine kurulmuştur. Diğer alanlarda da kanon hukukunu modern bir hukuk sistemi olarak nitelemeye yarayacak olan ve sisteme nüfuz eden özellikler tespit edilebilir.

Kanonik Aile Hukuku

Kilise'nin en erken dönemlerinden itibaren evlilik ve aile hakkında söyleyecek pek çok sözü vardı.[1] Pagan kültüründe çok eşlilik [poligami], görücü usulü ve kadınların baskılanması hâkimken, kilise, iki tarafın da özgür iradesiyle bir araya geldiği tek eşli [monogami] evlilik fikrini teşvik etmiştir. Bu fikir Batı'da hayli derin kökleri olan kabilesel, köylü ve feodal âdetlerle mücadele etmek zorunda kalmıştır. Onuncu yüzyıla dek kilise sinodları evlilik bağı, zina, çocukların nesebi ve benzeri konularla ilgili kararnameler yayımlamışlardır. Ancak buna rağmen beşik kertmesi uygulaması ve aile ilişkilerinin Cermen, Kelt ve diğer

---

[1] On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kanon hukukunun evliliğe dair hükümlerine ilişkin bkz. A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vols. (Paris, 1891); Gabriel Le Bras, "La doctrine du mariage chez les théologians et les canonistes depuis l'an mille", in *Dictionnarie de théologie catholique*, IX (1926), 2123-2317; Willibald M. Plöchl, *Geschihte des Kirchenrechts*, II (Vienna, 1955), 267-298.

Avrupa halklarının örf ve törelerine göre belirlenmesi varlığını sürdürmüştür ve tıpkı klasik Roma hukukunda olduğu gibi sınıflar arası (örneğin köle ile yurttaş ve yabancıların evliliği) evlilik yasaktır. Boşanma taraflardan birisinin iradesiyle gerçekleşirdi, bu ise uygulamada erkeğin iradesi anlamına geliyordu ve boşanma için resmî bir usul zorunluluğu yoktu. Evliliğin geçerli olması için babanın rızası gerekiyordu. Eşler arasındaki az sayıda kimi yükümlülükler ise yasal terimlerle tasavvur ediliyordu.

Kilise'nin evlilik ve aileye ilişkin hükümlerinin büyük çapta uygulanmasını sağlayan on birinci ve on ikinci yüzyıllarda Papalık Devrimi ile sembolize edilen o müthiş alt üst oluştu. Bu gelişmede Papalık Devrimi'nin hem nedeni hem de sonucu olan toplumsal ve ekonomik faktörler; nüfus hareketleri, kentlerin yükselişi ve önceki toplumsal oluşumları yıkan malikâne [manoryal] sisteminin yaygınlaşması gibi, hayati bir rol oynamıştır. Siyasi değişimlerin payı da büyüktü. Zira papalık tarafından yönetilen tek ve ayrı bir kilise devletinin ortaya çıkması ruhban sınıfına daha önce hiç sahip olmadığı bir siyasi iktidar bahşetmiş ve din görevlilerine bekâr kalma zorunluluğunun getirilmesi, onların kabile içi aile ilişkilerine dâhil olmalarını azaltmıştır. Aile ilişkilerine dair kilise politikalarının uygulanmasını sağlayan hukuki değişimler de aynı derecede önemliydi. Zira kanon hukuku dizgeleştirilmeseydi bu politikaları hayata geçirmek, sürekliliklerini sağlamak ve kurallara uyulmasını sağlamak mümkün olmazdı.

Kilise'nin evlilik ve aileye ilişkin yasaları büyük ölçüde öğüt verici nitelikte olduğu sürece açık ve kesin olmak zorunda değildi. Ancak bağlayıcı hale geldikten sonra her ikisi de olmalıydı. Artık bütün aile ilişkileri sadece teoride değil uygulamada da yasal temele dayanacağı için dinî evlilik törenlerinin somut içeriğini belirlemek zorunlu olmuştur. Kilise uzunca bir süre bir evliliğin gerçekleşmesi için resmî bir usul öngörmemişti; bizzat taraflar kendi "evlilik törenlerinin papazı"ydı (Evlilik töreninde bir rahibin bulunması zorunluluğu on altıncı yüzyılda getirilmiştir; Amerikan ve İngiliz *common law*'unda evlilik esasında Trent Konsülü'nden önce olduğu gibidir, kanon hukukundaki evliliği yaşatmaktadır). Yine de resmî bir usulün olmaması bir evliliğin ne zaman ve nasıl gerçekleştiği sorusunu doğurmaktadır. Daha önceki kimi metinlere göre evlilik karşılıklı sözlerin verilmesiyle gerçekleşmiş sayılırdı. Diğer kimi metinlere göre ise, cinsel birliktelik olmadıkça evlilik gerçekleşmiş sayılmazdı. Gratianus, be-

şerî evlilik ile İsa'nın kilise ile ruhani evliliğinin geleneksel analojisinin, dinî evlilik töreni tamamlanmadan önce fiziki bir bütünleşmeyi bir *copula carnalis*'i gerektirdiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte Gratianus fiziki birleşme de dâhil olmak üzere evlilikte özgür irade unsurunu vurgulamıştır. Nihayetinde kanon hukuku şu hususları birbirinden ayırmıştır: (1) İleride evlenmek üzere karşılıklı söz verilmesi; belli durumlarda bozulabilecek ve her iki tarafın karşılıklı rızası ile sona erebilecek bir nişanlama sözleşmesidir. (2) Hemen [şimdi] evlenmek üzere söz verilmesi, evlilik sözleşmesidir. (3) Evlilik sözünü izleyen cinsel ilişki evliliğin gerçekleştiği anlamına gelir. Her ne kadar evlenme sözleşmesi "şimdi verilen sözlerle" yapılmış telakki edilse de evlilik gerçekleşene dek sözleşme bozulmaya açık kalmıştır.

Evlilikte rızaya ilişkin bütün kurallar sözleşme hukuku kurumu içinde geliştirilmiştir. Rıza, özgür irade ile gösterilmeliydi. Karşı tarafın kimliğine ilişkin bir hata ya da karşı tarafın niteliklerine ilişkin esaslı ya da belirgin bir hata rızayı etkiler ve evliliği hükümsüz kılardı. Cebir de özgür iradeyi olumsuz etkilediği için evliliği hükümsüz kılardı. Yine tehdit ve hile halinde de evliliğin geçerli olmayacağı kurala bağlanmıştı.

Burada sadece modern aile hukukunun değil fakat aynı zamanda modern sözleşme hukukunun da temel unsurlarının, yani özgür iradenin, rızanın ve hata, hile, tehdit gibi ilgili kavramlarının da temelleri bulunmaktadır. Kanon hukukçuları, özellikle *Digesta*'da çok atıf yapılan ve Roma hukukçularının taraflardan birisi gerçeği bilseydi yine de evlenir miydi sorusuna odaklanarak çokça tartıştığı "hata" meselesine bir çözüm bulmaya çalıştılar.

Kanon hukuku, evliliğin rıza dışındaki geçerlilik koşullarını da belirlemişlerdir. On ikinci ve on üçüncü yüzyılda evlilik yaşına ilişkin düzenlemelerde genel olarak Roma hukuku esas alınmıştır ancak yerel gelenekler doğrultusunda taraflar çocuk sahibi olabileceklerse ve verdikleri sözün gereklerini anlayabilecek durumdaysalar bazı istisnalara izin verilmiştir. Cinsel iktidarsızlık [*impotence*] o dönemde evliliğin iptali sebebiydi. Öte yandan bir Hıristiyan'la bir Hıristiyan olmayanın [kâfirin] evliliği de hükümsüzdü zira vaftiz herhangi bir dinî törene katılmanın şartıydı. Ancak Kilise bir Katolik'le bir dinî sapkının yahut aforoz edilmiş bir kişinin evliliğini tanıyordu. Kilise, iki köle arasındaki ya da özgür bir adamla bir köle yahut serf arasındaki evliliği de tanıyordu.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kanon hukuku, kan bağına ve akrabalığa dayanan evlenme engellerine ilişkin eski kuralları sadeleştirmiş ve gevşetmiştir. Evlilik dışı cinsel ilişki ve kaçırma gibi ceza gerektiren durumlara ilişkin kurallar da gevşetilmiştir: Evlilik dışı cinsel ilişki yaşayanlar evlenerek günahlarından kurtulabilirdi, kaçıran ise kaçırdığı kişiyi [*rapta*] özgür bıraktıktan sonra onunla evlenebilirdi. Ancak eski yasalara göre evlenmiş olan ve evlilikleri geçerli olan papazların evliliklerinin kanon hukukuna göre hükümsüz olduğu ilan edilmiştir.

Kanon hukukçuları, tarafların evlilik engellerini bilmeden iyi niyetle gerçekleştirdikleri evlilikleri, başlangıcından hükümsüz kılındığı güne dek geçerli ve bu evlilikten doğan çocukları da sahih nesepli saymışlardır. Bu tür evliliklere mefruz evlilik [*putative marriage*] denmekteydi. Ancak bir evlilik yasal bir işlem yapılmadan feshedilemezdi ve böyle bir davayı yetkililerin önüne getirecek olan kişiye ilişkin sınırlamalar mevcuttu. Eğer yakın akrabalar yoksa sağduyulu olduğu bilinen kişilere öncelik tanınırdı. Öte yandan evliliğin feshi davalarının usulüne ilişkin de sınırlama kayıtları yoktu, evliliğin feshini isteyen taraf daha önce bu talepte bulunmuş ve kaybetmiş olsa dahi sırf bu sebeple bir daha evliliğin feshini istemekten yasaklı sayılmazdı.

Rızanın yokluğu ya da evlilik engellerinden birisi nedeniyle fesihin yanı sıra; Kilise aldatma, din değiştirme ya da ağır zulüm gibi nedenlerle *divortium* denilen yasal ayrılığa da izin vermiştir. Ancak modern anlamıyla boşanmaya izin verilmiyordu; zira çiftler arasında kutsal bağ bir kez geçerli biçimde kurulduğunda bu bağın eşlerden birinin ölümüne dek bozulamayacağı düşünülüyordu. Bunun iki istisnası vardı. Birincisi tam olarak gerçekleşmemiş bir evlilik, taraflardan birinin bir din görevlisi olması halinde sona ererdi ve her halükarda papa tarafından sonlandırılabilirdi. İkincisi, Hıristiyanlığı seçen birisi, Hıristiyan olmayan eşini belirli koşullar altında boşayabilirdi.

Son olarak kanon hukuku, kadına evlilik içinde -kadının içinde bulunduğu toplumun halk hukukunun aksine- dikkate değer bir koruma sağlamıştır. "Evliliğin tarafları Tanrı huzurunda eşitti ve bu eşitlik öğretisi ilk kez Hıristiyanlık'ta geliştirilmişti. Uygulamada bu her şeyden evvel yükümlülüklerin özellikle de sadakat yükümünün karşılıklı olduğu anlamına geliyordu. Bununla birlikte hane halkının reisi erkekti, bu konumu gereği ikamet edilecek yeri o seçerdi, eşini makul ölçüde cezalandırabilirdi ve

eşinden toplumsal konumuyla bağdaşan ev içi yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyebilirdi".[2] Her ne kadar Kilise çoğunlukla seküler hukukun kadınların mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamaları (ve genel olarak kadınların medeni haklarına) kabul etmiş olsa da dulları korumak için çeyizsiz hiçbir evlilik sözleşmesinin yapılamayacağında ısrarcı olmuştur. Buna göre belirlenen çeyiz değeri evlilik süresince düşürülemezdi.

Kanon hukukunun bir alt sistemi olarak kilisenin aile hukuku kısmen iki kavram arasındaki gerilime dayanmıştır. Bunlardan ilki, iki insanın Tanrı huzurunda gönüllü birlikteliği olarak evlilik kavramı; ikincisi ise, kurumsal bir varlık olan Kilise'nin bünyesinde gerçekleştirilen yasal bir işlem olarak evlilik kavramıdır. Bir yandan çiftlerin evlilik içi tasarrufları, kişisel arzuları ve sorumlulukları üzerine yapılan vurgu vardı diğer yandan kilisenin evliliğin hem dinî hem de seküler toplumsal geleneklerle uyumluluğuna ilişkin kurumsal otoritesinin üzerine yapılan vurgu vardı. Bu gerilim, kilisenin yanıt vermek zorunda kaldığı, örneğin evliliğin hata, hile ya da tehdit nedeniyle geçersiz sayılıp sayılamayacağına, bir erkeğin sadakatsiz eşini terk edip edemeyeceğine, bir kadının eşinin öldüğünü düşünerek bir başkasıyla evlenmesi halinde ilk eş ortaya çıktığında ona dönmesinin gerekip gerekmediğine yahut üçüncü tarafların hazır bulunmadığı gizlice yapılan bir evliliğin geçerli olup olmadığına ilişkin sorularda görünmektedir. Söz konusu gerilim kilise mahkemelerinin bu sorulara verdikleri pek çok yanıtta da görülürdü ve gizlice yapılan evliliklerin geçerliliği meselesinde iyice su yüzüne çıkmıştı. Gratianus'a göre "gizlice yapılan evlilikler bütün otoriteler tarafından yasaklanmıştı" ve yasal değildi. Öte yandan böylesi evlilikler iki tarafın da itiraf etmesi halinde geçerli sayılırdı. Ancak taraflardan birisinin fikri değişmişse [rızası etkilenmişse] yargıç, diğer tarafın itirafına itibar etmezdi. Nitekim iradenin kutsallığı varlığını sürdürürken, nişanlamaya ilişkin güçlü politikalar ve dışsal yükümlülükler öngörülmüştü. Yine de -usul hukukuna dayanan kurgusal bir sorun olarak- çözüm sistematik olsa da nadiren tatminkârdı.

---

[2] Gabriel le Bras, "Canon Law" C.G. Crump and E.F. Jacob, ed., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926) içinde, s. 345. Bu makale, on altıncı yüzyıldan önceki dönemdeki kanon hukukunun ana özelliklerini, evliliğe ilişkin yasaları da dahil olmak üzere, sunması bakımından yararlılığını korumaktadır.

Aile hukukunun dizgeleştirilmesi, kilise otoritelerinin evlilik törenlerinin yönetimindeki yetkilerinin -en yalın anlamıyla *jus dicere* ("hukuk söylemek") yetkisi- üzerine dikkatlerin toplanmasını mümkün kılmıştır. Aile hukukunun bütün yapısı esas olarak, evliliğin geçerliliği, butlanı, yasal ayrılık (*divortium*), gizli evlilik, evlilik yükümlülükleri, yatakların ve evin ayrılması, çocukların nesebi ve evlilik malları gibi "evlilikle ilgili davalar" üzerinde oluşturulmuştur. Evlilikle ilgili davalara ilişkin yargılamalardan, bir bütün olarak kanon hukuku bünyesinde görece bütünleşik bir hukuki ilkeler, standartlar, kavramlar ve kurallar sistemi doğmuştur. Örneğin, evlilik ve ailenin kan esası üzerine kurulmaması nedeniyle evlat edinilen çocuklar da evlilik içinde doğan çocuklarla aynı haklara sahipti. Evlilik dışında doğan çocuklar, müteakip bir evlilikle sahih nesepli sayılabilseler de "gayrı meşru" ve çeşitli kısıtlamalara tabiydiler. Bir alt sistem olarak aile hukukunun kendi yapısal özellikleri olsa da bir bütün olarak kanon hukukunun yapısal özelliklerini de taşıyordu. Sözleşme hukukuyla pek çok ortak özelliği olsa da feodal hukukla da -ve buyruklarla da- şartları yasayla belirlenmiş ve kutsal bir yeminle, gönüllü olarak ömür boyu bozulamaz bir ilişkinin kurulması; yani sözleşme ile bir statü yaratılması noktasında ortaklaşıyordu.

Kanonik Miras Hukuku

Avrupa'daki Cermen halklarının hukuku, mirasın intikali için vasiyetname gerektirmiyordu.[3] Murisin terekesinin intikaline ilişkin haklar ve yükümlülükler öncelikle kabilenin, sonra köyün âdetlerine daha sonra da feodal âdetlere göre düzenlenirdi. Buradaki temel kaygı, ailenin, hane halkının ya da *fief*'in üyeleri ve özellikle reisleri ölse bile ayakta kalmasıydı. Eski Cermen hukukuna göre, bir kimse ancak mirasçısı yoksa başka birisini kabile meclisinin ya da şefinin rızasıyla mirasçı olarak atayabilirdi. Malvarlığının çoğu aileye ya da kabileye aitti ve bir üyenin ölümü halinde dağıtılmazdı. Murisin kişisel eşyaları hayatta olan eşe ve çocuklara dağıtılırdı ancak bunların da bir kısmı cenaze töreninin bir parçası olarak murisle birlikte gömülmek ya da yakılmak üzere ayrılırdı.

---

[3] On ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki Kanon hukukundan doğan miras hukuku için bkz. Henri Auffroyy, "*Evolution du testament en France des origines au treiziéme siécle* (Paris, 1899); Jerome Hannan, *The Canon Law of Wills* (Washington, D. C., 1934).

Hıristiyanlığın yayılmasıyla birlikte ölen kişinin kişisel eşyaları artık bedeniyle birlikte gömülmemeye veya yakılmamaya başlandı; bunun yerine ölen kişinin ruhu için dağıtılmaya başlandı. Avrupa'da mirasa dair gelenekler çeşitlilik gösterse de sıklıkla üçe ayrılarak dağıtılırdı; terekenin üçte biri kabilenin reisine ya da krala, üçte biri mirasçılara ve kalan üçte bir de "Tanrı payı" olarak verilirdi.

Elbette ruhban sınıfı "Tanrı'nın payı"ndan büyük menfaat elde ederdi. Özellikle de bir kimsenin öleceği biliniyor ve bekleniyorsa, bir papaz başucunda hazır bulunur ve ona günahlarının kefareti için terekesinin bir kısmını dinî işler ya da hayır işleri için ayırması gerektiğini hatırlatırdı; mesela bir şapelin inşaatı için ya da yoksulların kurtuluşu için. Nihayetinde Avrupa'da ölmekte olan kimsenin "son sözleri"ne, yazılı olsun olmasın hukuki sonuç bağlanmaya başlandı. Bir Latin sözü de uygulamada kullanıldı *donatio causa motris* (beklenen ölümün bağışı). Bu tam olarak vasiyetname değildi yine de pek çok durumda aynı etkiye sahipti. Kimi nadir görülen durumlarda ölmesi beklenen hayatta kalırsa yapılan bağış etkisini yitirirdi.

Ölüm halinde geçerli olan bir başka bağışlama biçimi belirli araziler için öngörülen "ölüm sonrası bağıştı"; buna "kayıtlı arazi" [*bookland*] denirdi. Buradaki kayıt [*book*] malikin şu sözlerinden çıkarılırdı "Arazimi ölümümden sonra ...". Ancak bu Maitland'in belirttiği üzere modern anlamı ile bir vasiyetname değildi zira (1) iptal edilebilir değildi, (2) değiştirilebilir değildi, yani bağışın geçerli olduğu zaman bağışlayanın sahip olabileceklerine bakılamazdı, (3) bağışlayanın ölümü halinde herhangi bir temsilci belirlemediği gibi, arazinin idaresi için herhangi bir usul de öngörülmemişti.[4]

Kanon hukukçularının on ikinci yüzyılda yeni bir miras hukuku yarattıkları beklenen ölümün bağışı ve ölüm sonrası tasarruf uygulamaları, kısmen Cermen Hıristiyan uygulamalarını, kısmen de Kilise'nin de bildiği ve daha eski dönemlerde başvurduğu klasik Roma hukuku vasiyetnamelerini esas almıştı. Romalıların varis bırakmadan ölenlerin terekelerine ilişkin, Cermen halk hukuku benzeri bir hukukları vardı ve buradaki başlıca amaç hane halkının reisine (*pater familias*) bir varis belirlemekti.

---

[4] Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2nd ed. (1898, reprint ed., Cambridge, 1968), I, 314. Ölüm-sonrası tasarruf sadece Anglo-Sakson uygulaması değildi; Normanlar tarafından da biliniyordu ve diğer Cermen halklarının hukuku ile paralellikler taşıyordu.

Bununla birlikte Romalılar, verasetin bütün hukuki boyutlarını çok daha ayrıntılı ve açık bir biçimde düzenlemişti. Mirasın kendisi *universitas juris* (tek bir bileşik hukuki birim) olarak adlandırılıyordu; bu birim atadan kalma ayrıcalıkları ve yükümlükleri, malvarlığı, köleleri ve murisin bütün hukuki hak ve yükümlülükleri ile birlikte bizatihi *familia*'yı (aile) kapsıyordu. Bütün bunlar murisin ölümüyle birlikte derhal mirasçılara intikal ederdi. Ne var ki, On İki Tablet zamanından beridir Roma hukuku, aynı zamanda mirasçıların vasiyetname yoluyla genel olarak murisin hukuki kişiliğini de "devralma"larını şart koşuyordu. Vasiyetnamenin amacı, öncelikle, belirli aile durumlarına uygun olmadığında varis bırakmadan ölenlerin miraslarına ilişkin kuralları bertaraf etmekti. Başka deyişle varis bırakmadan ölen kişilerin mirasına ilişkin kuralların konmasını sağlayan sebep ile Romalıların vasiyetname düzenlenmesine ilişkin kuralları koymalarındaki temel amaç aynıydı. Yani hane halkının malvarlığının sürekliliği, murisin hukuki kişiliğinin mirasçılara ya da ortak mirasçılara intikaliyle sağlanıyordu. Vasiyetname uygulamasının birincil amacı bireylere ölümlerinden sonra vasiyetlerinin gerçekleştirilmesi yetkisini vermek değildi, buradaki birincil amaç sosyal birliği korumaktı.

Yüzyıllar içinde vasiyetnamenin Romalı karakteri değişmiştir. Erken dönemlerin aşırı ayrıntılı usulleri -*familia*'nın bakır para ve teraziyle kurgusal satışı ve ritüelleri- yerini imzaya, yedi tanığın mührüne ve vasiyet bırakanın muvafakatine bırakmıştır. Öyle ki, bazı belirli durumlarda sözlü vasiyet de geçerli olabiliyordu. Mirasçıya, mirası reddetme hakkı da tanınmıştı; murisin borçları malvarlığını aştığında mirasçı mirası reddetmeyi pekâlâ isteyebilirdi. En önemlisi, özel miraslar ve ek vasiyetnamelerde mirastan yararlanacak olanlar çoğaldığında ya da geniş ölçüde edim gerektiren yahut temerrüt şartının hükümleri olduğunda mirasçıların durumu muris bırakanın borçlarını üstlendikleri için zayıflatabiliyordu. Vasiyetname bırakma özgürlüğüne doğru ilerleyen bu gelişmeler, Roma İmparatorluğu'ndaki kiliselerin de yararına olmuştu. Iustinianus zamanında, meleklere, azizlere ya da yoksullara bırakılan yahut başkaca dinî sebeplerle bırakılan terekelere kiliseler ya da yönetici olan piskoposlar tarafından el konuluyordu.[5]

---

[5] Just., Nov. 131.9 ve 131.11.1-2. Bkz. Hannan, *Wills*, s. 334; F.H. Lawson, *The Roman Law Reader*, (New York, 1969), ss. 81-83, 234. Ayrıca bkz. Demetrios Constantelos, *Byzantine Plianthropy and Social Welfare* (New Brunswick, N.J., 1968).

Bununla birlikte Romalıların vasiyetnameleri, Maitland'ın belirlediği üç modern ölçütü karşılasa da Batı'da, on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarında Papalık Devrimi'nin ardından gelişen miras hukukuna temel olan dördüncü nitelikten yoksundur. Bu yeni nitelik, vasiyet bırakanın isteklerinin onun ruhunun korunmasıyla ilişkili oldukça, ki bu isteklerin kutsallığıydı; "vasiyetname" bir "niyet [arzu]" anlamına gelmeye başlamıştı ama dinî bir arzuydu.

Kanon hukukçuları vasiyetin yapılışını dinî bir eylem ve vasiyetin kendisini de dinî bir araç olarak tasavvur etmişlerdi. Vasiyet tipik olarak Baba-Oğul ve Kutsal Ruh adına yapılırdı. Maitland'in sözleriyle;

"Miras bırakanın ilk düşüncesi *hereditas*'ın [tereke] intikali değil ölümlü bedeninin ve ölümsüz ruhunun gelecekteki esenliğiydi. Ruhunu Tanrı'ya, Bakire Meryem'e ve azizlere miras bırakırken, bedenini belli bir kiliseye bırakıyordu. Bedeninin yanı sıra cenazesi için papaza verdiği hediyesi ... sahip olduğu en iyi taşınabilir eşyasıydı; eğer bir şövalye ise bu sıklıkla bir savaş atıydı ... Zaman zaman gömülmeye ilişkin ayrıntılı talimatlar verilirdi; tabutun etrafına dikilecek olan mumlar ve cenaze yemeği ... Sonra para ve özgün miras gelirdi. Çoğu dinî işlere ayrılırdı; dört mezhebin gerekleri[6] tuzu-kuru bir muris tarafından nadiren unutulurdu; bir köprünün onarımı için bırakılan bir miras dinî ve övgüye değer bir miras olarak addedilirdi; köylüler nadiren azat edilirdi ancak bazen onların ödenmemiş kira borçları unutulurdu ya da taşınır malları iade edilirdi. Orta Çağ'da vasiyetname önemli oranda özgün terekesinin varlığıyla karakterize edilirdi. Atlar birer birer verilirdi, mücevherler, yatak yorgan ve kap kacak da. Kanon hukukçularının ya da sivillerin isimlerinin bulunduğu değerli kitaplar ile kanunların değerli el yazmaları onları sevecek olanlara devredilirdi... Öte yandan miras bırakanın hiç elden çıkarılamayacak emtiası, kaynağı ve kıymetli evrakı olmazdı; miras bırakan borçları hakkında hiçbir şey söylemez ya da ödenmelerini dilediğini çok az dillendirirken kendisine ödenmesi gereken borçlar hakkında da hiçbir şey söylemez ya da çok az konuşurdu".[7]

On ikinci yüzyılda kanon hukukçuları, vasiyetlerin geçerlili-

[6] Dominikenler, Fransiskenler, Augustinyanlar, Karmelitenler -ç.n.
[7] Pollock and Maitland, I, 338-339.

ğini belirlemek, onları yorumlamak ve uygulamak için bir dizi kural geliştirdiler. Roma hukukçularının aksine, vasiyete ilişkin resmî usulleri azalttılar. Sadece birisinin ölüm döşeğinde günah çıkarırken sarf ettiği "son sözleri" gerçek bir vasiyet kabul edilmedi aynı zamanda sözlü vasiyetler de gerçek kabul edildi. Roma hukukuna göre gerekli olan imza ve yedi güvenilir tanığın mührü yerini Papa III. Alexander'ın Ostia Piskoposu'na gönderdiği emirnamedeki kurala bıraktı: "Şuna karar verdik ki, cemaatinizin papazlarının ya da üç ya da iki uygun kişinin huzurunda yapacakları vasiyetleri daima geçerli olacaktır".[8] Ayrıca Papa III. Alexander tarafından yapılan başka bir düzenlemeye göre iki ya da üç kişinin tanıklığında dinî sebeplerle bırakılan münferit terekeler de geçerlidir. Kanon hukuku, hayır niteliğindeki terekelere Roma hukukunda da gerekli hukuki usulden muaf tutulan iki farklı vasiyetnameyi de eklemiştir; aktif görevde bulunan askerlerin ve denizcilerin vasiyetnameleri ile bir vasiyetnamenin yokluğunda mülk edinecek olan torunlarına bir menfaat bahşeden ebeveynlerin vasiyetnameleri.

Kanon hukukçuları hayatta kalan eşin ve muris tarafından mirastan mahrum bırakılan çocukların haklarını da güçlendirmiştir. Roma hukuku, bir mirasçının "saklı payı"ndan mahrum bırakılmayacağını öngörüyordu, saklı pay başlangıçta muris, miras bırakmadan ölse idi ona miras kalacak olanın dört biri idi; daha sonra üçte birine (ya da murisin beş ya da daha fazla çocuğu varsa yarısına) yükseltilmişti. Saklı paya sahip olan mirasçılar çocuklar ya da mirasçılardı, eğer hayatta kalan çocuğu ya da torunu yoksa ebeveynleri idi, ancak kadın eşin saklı payı yoktu. Kanon hukuku hem saklı payın oranını yükseltmiş hem de sağ kalan kadın eşi saklı paya hakkı olanlara dâhil etmiştir ancak torunlar ve murisin ebeveynleri saklı paya hakkı olanlara dâhil edilmemiştir. Eğer kadın eş ve çocuklar hayatta kaldıysa vasiyetname ile tasfiye edilecek malvarlığının üçte birinden mahrum bırakılamazdı ancak sadece kadın eş ya da sadece çocuklar hayatta kaldıysa malvarlığının yarısına hak kazanırlardı.

Roma miras hukukunda yapılan değişikliklerden daha da önemlisi kanon hukukçularının mirasın yönetimine ilişkin yaptıkları değişikliklerdi. On ikinci yüzyılda kanon hukukçuları mirasın idaresi için yeni bir kurum inşa etmişlerdir. Murisin ölü-

---

[8] Bkz. Hannan, *Wills*, ss. 274-275.

münü, mirasın "yürürlüğe girmesi" ve vasiyetnamenin koşullarının yerine getirilmesi izlerdi. Miras, mirasçılar tarafından kabul edilmez bunun yerine devredilecek malvarlığını mirası idare etmek üzere atanan kimse alırdı. Murisin haklarını koruyan ve yükümlülüklerini yerine getiren mirasçılar değil mirası idare etmek üzere atanan kimseydi. Murisin borçları için seküler mahkemelerde dava açabilirdi ancak varisler, itirazlarını kilisenin mahkemelerinde sunarlardı. Eşlerin ve çocukların saklı payları da kilise mahkemeleri tarafından mirası idare edenin aleyhine dağıtılabilirdi.

Vasiyetname yapmanın dinî bir işlem olması, kilisenin vasiyetname bırakmadan ölen kimsen malvarlığı üzerinde yetki ileri sürmesini açıklamaktadır. Esasında kilise, vasiyet bırakmadan ölmenin günahın sonucu olduğunu düşünmekteydi. Zira bir kimse vasiyet bırakmadan ölmüşse, olasılıkla günah da çıkarmamıştı. Bu nedenle de onun malvarlığı ruhunun selameti için dağıtılmalıydı. Vasiyetname bırakmadan ölen kimsenin malvarlığı kilise yargıcının tasarrufundaydı; yani piskopos ya da yardımcısı "memur"du. Piskopos, ölenin ruhunun esenliği için yapılacak en iyi şeye karar verme konusunda vasiyetname bırakmadan ölen kimsenin en yakın akrabasına güvenebilirdi ancak en yakın akraba saklı paydan daha fazlasını miras olarak alamazdı. Yeni kanon hukukuna göre, sağ kalan eşin ve çocukların terekenin vasiyetname ile mahrum bırakılmayacakları kısmı aynı zamanda onların vasiyetname olmasa da miras alabilecekleri kısmıydı. Diğer akrabaların hiçbirisi, müteveffa vasiyetnamesinde açıkça isimlerini zikretmedikçe mirastan pay alamazlardı. Nitekim kilise vasiyetname bırakmadan ölen kimsenin malvarlığı üzerinde sadece sağ kalan (kadın) eşi ve yetim çocukları korumak için değil aynı zamanda mirastan artakalan kısmı ölenin ruhunun iyiliği için hayır işlerinde kullanmak için de yetkili olduğunu ileri sürmüştür.

Zamanla kilise mahkemeleri vasiyetname bırakmadan ölen kimsenin malvarlığının tasfiyesi için bir idareci atama uygulamasını geliştirmiştir. Bu idarecinin görevleri, mirası idare edenin görevleri ile benzerdir. Orta Çağ'ın kanon hukukunun murisin malvarlığının mirası idare edenler tarafından tasfiyesi sistemi İngiliz ve Amerikan hukuklarında varlığını sürdürmüştür. Kara Avrupasında ise, on altıncı yüzyıldan itibaren, Roma hukukunun muris vasiyet bıraksa da bırakmasa da mirasın yargısal denetim

altında mirasçılara intikal ettirilmesi ve onlar tarafından yönetilmesi uygulamasına dönülmüştür.

Burada papazlığın kurumsal rolü merkezî önemdedir. Zira "son sözler"i papazlar duymakta, vasiyetlere tanık olmakta, mirası yöneten olarak hizmet etmekte ve terekeyi, hayır işlerinde kullanmak üzere dinî kurumların yedieminі olarak teslim almaktaydılar.

Kilise mahkemelerinin -piskopos veya onun yardımcısının- kurumsal rolleri de merkezî önemdeydi. Mirası idare edenler, kilise mahkemesine hesap vermek zorundaydı. Yedieminler de ister dinî ister hayır işleriyle sorumlu olsunlar kilise mahkemelerine hesap vermek zorundaydı. Terekeye ilişkin bütün ihtilafların çözümü (her ne kadar bazıları seküler mahkemelere tabi olsa da) kilise mahkemelerine tabiydi.

Mirasa ilişkin kanon hukuku, kilisenin feodal ekonomik ve siyasi ilişkilere doğrudan müdahale etmesini sağlamıştır. Seküler otoriteler, buna özellikle de araziler üzerindeki ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hararetli bir direnç göstermiştir. Örneğin on ikinci yüzyılda İngiltere'de ve Normandiya'da seküler mahkemeler ölüm sonrası ya da ölüm döşeğindeki bağış ve arazi devirlerini yasaklamışlardır. Ölüm döşeğindeki bağışlamalara ilişkin olarak Glanvill'in bilimsel incelemesinde (1187) şöyle denmektedir: "Bir kimsenin hastayken, ölüme doğru giderken yaptıklarını sapasağlamken asla yapmayacağı farz edilebilir, örneğin arazisini bağışlamak düşünülüp taşınılmış bir karardan ziyade ıstıraptan kaynaklanan bir karardır".[9] Ancak belki de meselenin en önemli boyutu bu değildi, zira ölüm döşeğindeyken taşınır malların verilmesi yasaklanmamıştı ancak araziler üzerinde ölüme bağlı tasarruflar (ister "son sözler"le olsun ister yeisten kaynaklanmayan dikkatlice düşünülmüş yazılı vasiyetname olsun) sadece İngiltere'de değil fakat bütün Avrupa'da feodal hukukça (ama kent hukukuyla değil) yasaklanmıştı. Feodal hukuk aslında taşınmazların, hayır işleri için olsun veya olmasın, miras yoluyla bırakılmasına karşıydı.

Taşınmazların kiliseye miras bırakılması durumunda ise muhtemel murisler -kilisenin de yardımıyla- yasağı savuşturmanın çeşitli yollarını buluyordu. Bunlardan birisi, araziyi ömür

[9] G.D.G. Hall, ed. and trans. *The Treatise on the Laws and Customs of England Commonly Called Glanvill* (London and Edinburgh, 1965), s. 70.

boyu oturma kaydıyla dinî bir kuruma bağışlamaktı. Bu o dönemde izin verilen ve vasiyetname ile aynı hukuki sonucu doğuran ve şekli olarak, *inter vivos* (sağlar arası) bir işlemdi. Nihayetinde seküler otoriteler, taşınmazların dinî kurumlara bırakılmasını yasaklayan, devri mümkün olmayan ("elden çıkarılmaz mülk") yasaları ile karşılık verdiler. Diğer yöntemler daha sonra denendi. Toprak sahibi, mülkünü vermezdi ancak onu feodal lord olarak elinde tutması için dinî bir kuruma teslim ederdi, mülkü devreden de toprağı vasal olarak tutardı. Toprağı devreden malikin ölümünden sonra da ilgili dinî kurumdan başka kimse ortaya çıkmaz ve hak iddia etmezdi. Yahut toprak sahibi, arazisini ömür boyu mülkiyeti kendinde kalmak kaydıyla bir dinî kuruma bin yıllığına kiralardı. Böylesi intikaller önünde sonunda iptal edilirdi. Nihayetinde kilise, kayyum ("kullanım hakkı") çözümünü buldu. Arazinin mülkiyet hakkı, bağışçının dinî bir kurum adına kayyum olarak elinde tutması üzere lâik bir kimseye devredilir; mülk sahibinin ölümünden sonra taşınmazın ve taşınmaza ilişkin hakların tümü ilgili dinî kuruma geçerdi. Kayyumun ölmesi halinde yeni bir kayyumun belirlenmesi için de bir şart konurdu. Böylesi "çözümler"den, kendilerinin mülk sahibi olmasına izin verilmeyen dinî düzenlerin lehine olmak üzere çokça yararlanılmıştır. Nihayetinde de bu çözümler sadece toprak sahibinin ömrü boyunca arazilerin hayır işleri için devrinin değil aynı zamanda yardım vakıflarının kurulmasının da aracı haline gelmişlerdir.

Yardım vakıflarının erken gelişiminin öyküsü Batı hukuk geleneğinin oluşumuna dair epey şey söylemektedir. Miras hukuku, aile hukukunda olduğundan daha açık biçimde seküler otoriteleri dikkate alma ihtiyacıyla şekillenmiştir. Öyle ki, seküler otoritelerin iltizama verdiği önem kiliseyi onların taşınır mallara ilişkin yasalarına odaklanmaya ve arazi bağışlarını edinebilmek için başka araçlar bulmaya sevk etmiştir. İngiltere'de kilise mahkemeleri taşınır malların vasiyetname ile ya da değil, intikaline ilişkin hayli özgün bir yargı yetkisi tesis etmişlerdir. Bu İngiliz Reformundan sonra dahi sürmüş ve İngiliz ve Amerikan miras hukukuna, Kara Avrupasının diğer ülkelerinde rastlanmayan karakterini kazandırmıştır. İngiltere de dâhil olmak üzere bütün Avrupa ülkelerinde taşınmazların mirasla devrine ilişkin yargı yetkisi seküler otoritelere tabiydi. Bu nedenle Kilise arazi bağışlarını kabul edebilme mücadelesinde yeni hukuki kavramlara ve

kurumlara başvurmuştu. Bunlara İngiliz seküler hukukuna şansölyenin *equity*'den kaynaklanan yargı yetkisi aracılığıyla geçen modern anlamıyla vakıf kavramı ve kurumu da dâhildi. Öte yandan vakıflar, on ikinci ve on beşinci yüzyıllar arasında Avrupa'nın bütün ülkelerinin hukuklarının bir parçasıydı ve hepsi de kilisenin yargı yetkisine tabiydi. Hem taşınır terekelerinin hem de taşınmaz devirlerinin dinî kurumların yararına olmasının sürekliliği, mirası yönetenlerin yahut kayyumların, bağışçıların lehtarların çıkarını sağlamaya yönelik arzularını gerçekleştirme yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve uygulanması ise kilise mahkemelerinin işe karışmasını gerektirmiştir.

Kilise'nin yargı yetkisinden doğan miras hukuku sadece kendi yapısal unsurlarını değil fakat bir bütün olarak kanon hukukunun yapısal unsurlarını da taşımaktadır. Miras bırakanın istekleri kutsaldır, zira vasiyetini yaparken dinî bir eylem icra etmektedir. Aynı sebeple bunlar kilise otoriteleri tarafından yorumlanan ahlaki standartlara tabidirler. Gayrı ahlaki amaçlarla bırakılan bir miras -örneğin bir sapkına bırakılan miras- geçersizdir. Yine de normalde müphemliği nedeniyle geçersiz olan bir miras -örneğin lehtarların belirsizliği, terekenin miktarı, vasiyet bırakanın amacı ya da niyetini yerine getirme araçları gibi nedenlerle- eğer hayır işleri için bırakılmışsa uygulanabilirdi. "Yoksullar için" ya da "Tanrı'ya ibadet için" ya da sadece "yardım" için bırakılan vasiyet geçerliydi. Eğer kayyumun adı belirlenmemişse kilise bir kayyum atardı. Eğer tüzel kişiliği olmayan kurumlar ya da mülk edinme yetkisi olmayan tüzel kişiler mirasçı olarak belirlenmişse, mahkeme onların adına terekeyi yönetmek üzere bir kayyum atardı. Bunlar Amerika Birleşik Devletleri'nde vakıflar hukukunda hâlâ geçerli olan kurallardır.

Vasiyet bırakanın isteklerinin fiziki nedenlerle (örneğin mirasçı hayatta değilse) ya da yasal olmadığı için (mirasçı bir sapkınsa ya da taşınmazın devri seküler hukuka göre yasaya aykırıysa) gerçekleştirilemediği yerlerde, kilise mahkemesi vasiyet bırakanın niyetini "mümkün olduğunca en yakın" biçimde yerine getirirdi (Norman Fransızcasında *cy pres,* "olabildiğince yakın"). Belirtilene benzer başka bir mirasçı bulunurdu; mirasçıya aynı değerde ya da aynı hakları sağlayan bir arazi verilirdi. *Cy pres* öğretisi de Amerika Birleşik Devletleri'nde hâlâ hüküm sürmektedir.

Kanon miras hukuku, kilisenin ve kilise mahkemelerinin dinî bir eylem olan vasiyet yapma üzerindeki yetkisi üzerinden inşa edilmiştir. Vasiyet yapma özgürlüğü her ne kadar kaçınılmaz olarak kişinin mal varlığını akrabalarına ve arkadaşlarına miras bırakabilmesi özgürlüğünü de kapsıyor olsa da esas olarak dinî ve hayırsever maksatlarla katkıda bulunma özgürlüğü olarak tasavvur edilmiştir. Her vasiyetnamede müteveffanın ruhunun esenliği de söz konusuydu. Ayrıca mirastan yararlanacak olanların esenliği de söz konusuydu, özellikle dinî ya da hayırsever vasiyetler olduğunda. Vasiyet bırakmadan ölenlere ilişkin kanon hukuku, kısmen kilisenin ve kilise mahkemelerinin müteveffanın ruhunun esenliği üzerindeki yetkilerinden kaynaklansa da kısmen de dul ve yetimler üzerindeki yetkilerinden kaynaklanıyordu. Kanon hukukunun bu iki yetkisinden kaynakları Cermen ve Roma hukukunun hâlâ geçerli olan hukuki kurumları ile bütünleşerek yeni bir miras hukuku kurumunu oluşturmuştur. Vasiyetname hukuku (kısmen Roma hukukundan iktibas edilen) ile vasiyetname bırakmadan ölenlere ilişkin hukuk (kısmen Cermen hukukundan iktibas edilen) arasında diyalektik bir gerilim mevcuttu (bugün de mevcuttur).

Kanon miras hukukundan kanon hukuku sisteminin bünyesinde yer alan bir alt sistem olarak bahsetmek, tıpkı uyuşmayan unsurların bilinçli uyumu üzerinde temellenen kanon hukukunun olduğu gibi alt sistemin de yapısal birliğini tanımak anlamına gelmektedir.

Kanonik Eşya Hukuku

Kilise mahkemeleri, mülkiyet üzerinde nadiren aile ilişkilerinde ve mirasta kullandıkları denli geniş yetki iddiasında bulunmuştur.[10] Yine de kilise mahkemelerinin mülkiyete ilişkin meselelerdeki yetkileri hiçbir surette az değildi ve bu yetkilerden maddi bir hukuk doğmuştu. Kilise'nin, bağış ve vergilerden olduğu kadar kendi zirai, ticari girişimleri ile imalatından kazandığı devasa bir zenginliği vardı. Gerçekten de kilisenin Batı Avrupa topraklarının dörtte birine ya da üçte birine sahip olduğu iddia ediliyordu. Bu nedenle kilisenin hukuk âlimlerinin, mahkemelerinin ve yasakoyucularının böylesi bir zenginliğin mülki-

---

[10] On birinci ve on ikinci yüzyıllarda mülkiyete dair kanon hukuku için bkz. Plöchl, *Geschihte*, s. 396; Hans Erich Feine, *Kirlische Rechtsgeschichte*, I, (Weimar, 1950), 310, 327.

yetine, kullanılmasına ve tasarrufuna ilişkin haklara ve ödevlere dair söyleyecekleri pek çok şeyin olması hiç de şaşırtıcı olmayacaktır. Kaldı ki, kanon hukukunun seküler malvarlığına ilişkin hak ve ödevlere dair söyleyecekleri de vardı.

Şüphesiz kanon eşya hukuku dönemin seküler hukukundan aile ilişkilerine dair kanon hukukundan etkilendiğinden çok daha fazla etkilenmiştir. Evvela şu söylenmelidir, mülkiyetin -hatta kilisenin mülkiyetinin de- kutsal bir niteliğinin olduğu hiçbir zaman iddia edilmemiştir. Kilise'nin maddi kaynakları daima onun "dünyevi" iktidarının bir parçası olarak tahayyül edilmiştir. Dahası feodal arazilerin kiralanması bağlamında kilisenin mülkiyet hakları sıklıkla seküler mülkiyet hakları ile karşılıklı olarak ilişkilendirilmiştir. Örneğin bir kilise (cemaati), piskoposluğun ya da manastırın arazisini ve binalarını "elinde tutabilir" (manastırların kiliselere sahip olması Avrupa'da on ikinci yüzyıldan beridir hayli yaygındır) ve o piskoposluk ya da manastır aynı toprağa bir baronun toprağı olarak sahip olabilirdi. Kilise'nin, manastırın ya da piskoposluğun borçlu olduğu kiraya dair ihtilaflar genellikle kilise mahkemelerinin yetkisindeydi ve kanon hukukuna göre çözülürdü. Öte yandan piskoposluğun ya da manastırın barona karşı olan hak ve yükümlülüklerine dair ihtilaflar seküler mahkemelerin yetkisindeydi ve seküler hukuka göre çözülürdü. Bununla birlikte ikinci durumda kilise mahkemeleri ile seküler mahkemeler arasında bir yetki çekişmesi olabilirdi. Kilise, mevcut feodal ilişkilerin hem içindeydi hem dışındaydı. Eşya hukuku da doğası gereği feodaldi. Benzer biçimde kilise Avrupa'da on birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda ortaya çıkan binlerce kent ve kasabada geçerli olan kent hukukunun da hem içinde hem de dışındaydı. Eşya hukuku da doğası gereği kısmen kentliydi. Yine de mülkiyet ilişkilerine dair kanon hukuku kısmen feodal ve kentli değildi; yani kısmen kilisenin değerlendirmelerine ve bir bütün olarak kanon hukukunun ilkelerine dayanıyordu. Dönemin kanon hukukçuları, sadece eşya hukukunu ilk kez dizgeleştirmekle kalmadılar aynı zamanda eşya hukukuna dair tümüyle yeni kavram ve kurallar geliştirdiler. Bu kavram ve kuralların, Batı hukuk geleneğinde derin ve süregiden etkileri olmuştur.

On birinci yüzyılın sonlarından on beşinci yüzyıla dek olan dönemde, pek çok kilise arazisi ve binası İngilizcede *"free alms"* (özgür dinî kuruluşlar), Normandiya Fransızcasında *"frankalmo-*

ign", Latincede *"libera elemosina"* diye bilinen özgür dinî kuruluşlara aitti. Buna göre, genellikle bir bağışçı (ya da ortak bağışçılar) bir dinî kuruluşa, o kuruluşu ve memurları ile üyelerini belirterek Tanrı adına bağışta bulunurdu. Örneğin "Tanrı'ya, Dumpfries Manastırı Azizi Wilfred'e, Piskopos Duncan'a ve Aziz Wilfred'in keşişlerine". Eğer bağışın amacı bir kilisenin, hastanenin veya eğitim kurumunun inşası ise, bağışa; arazi bağışının yanı sıra inşaatın yapılmasını ve inşa edilecek kurumun gelecekte yürütülmesini sağlayacak kaynaklar da dâhil edilebilirdi. Ancak araziyi bağışlayan genellikle mirasçılarının haklarını korurdu. Bağışlayan kişi özellikle arazisine yapılacak olan kiliseye, rahiplik makamının boş olması halinde, rahip belirleme hakkını elinde tutardı. Değerli bir arazide bir çeşit atama hakkı olan (*advocatio, "advowson"* [papazlığa atama yetkisi]) bu hak, kârlı bir arpalığa arazi sahibinin istediği birisinin (belki bir akrabasının) atanması yetkisini veriyordu. Bağışçı, mirasçılarının arazi kirası alma, feodal görevleri yerine getirme, askerî hizmet ve benzeri araziye bağlı haklarını da koruyabilirdi. Ancak kimi zaman bağışçı tamamen hayırsever bir niyetle, sadece arazinin imtiyazlarını değil araziye bağlı hakları da bağışlamayı isteyebilirdi. Böyle bir durumda bu hakların ve imtiyazların bağışlanması, bağışlayanın feodal hiyerarşideki üstlerinin rızasını almayı gerektirebilirdi. Kilise arazileri böylece seküler arazi sahiplerine ağır bir yük getiren bütün feodal yükümlülüklerden kurtulmuştur. Aslında dinî kuruluşların elindeki arazilerin büyük bölümü feodal bağlardan kurtulmuştur.

Kilise'nin malvarlığı sadece feodal yükümlülüklerden azat oldukları için değil aynı zamanda kurumsal dinî yapıları nedeniyle de seküler malvarlıklarından hayli farklıydı. Zira bu malvarlığı her daim kiliseye aitti, bir kişiye değil. Daha önemlisi, kilise mülkleri daima kurumun amaçlarını ifa etmeye yönelikti. Almancada buna *Zweckvermögen* ("amaca tahsis edilmiş malvarlığı") deniyordu. Kanon hukukuna göre bu malvarlığı tahsis edildikleri amaca uygun kullanılmalıydı ve bu bağlamda bir vakıf tarafından istimlâk edilirdi. Mülke sahip olan dinî kuruluşun memurları -ister bir manastır olsun ister piskoposluk (diyakoz) ya da papazlık, üniversite, hastane yahut bu durumda başpiskoposluk veya papalık)- mütevelli idi. Kanon hukuku gereği de mülkün bu kurumların ya da kiminki gerektiriyorsa onun yararına özenle kullanılması gerekiyordu.

On ikinci yüzyıldaki kilise mülklerinden "tröst" diye söz etmek, dört yüzyıl sonra İngiliz hukukunda özgün bir anlam kazanan bir sözcüğü kullanmaya cüret etmek demektir. Öte yandan İngilizcedeki tröst kavramı tarihsel olarak, on ikinci yüzyıldan itibaren bütün Avrupa'da bilinen, kullanılan ve on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda *Chancellors Court* (Şansölye Mahkemesi) tarafından geliştirilen "kullanma (hakkı)" kavramından gelmektedir. Arazi ve diğer malvarlıkları, münferit manastır, kilise ya da diğer dinî kuruluşlardaki belirli kişilere "kullanmaları" için verilirdi. Bu uygulama, dinî kuruluşların günlük ihtiyaçlarını karşılayacak olanların dışında kendi başlarına mülk edinmeleri yasak olduğu için on üçüncü yüzyılda çeşitli Fransisken tarikatlarının kurulmasıyla yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla mülkün devredildiği kişi onun sahibi olurdu ancak kanon hukukuna göre -ve İngiltere'de *Chancellors Court*'a (Şansölye Mahkemesi) göre- bu mülk kimin "kullanımı" için verilmişse onun yararına idare etmekle yükümlüydü.

"Kullanma (hakkı)" (daha sonra İngilizcedeki vakıf gibi), üç taraf gerektirmektedir; bağışlayan, bağışı alan ve lehtar [yararlanan]. Bağışı alan, lehtarın vasisi olarak kabul edilirdi. Ne var ki, normalde bir dinî kuruluşa bağışlanan mülkün sahibi o kuruluş olurdu, kuruluş bağışı kabul edendi ama aynı zamanda lehtardı. Kuruluşun memurları, mülke sahip olma, mülkten yararlanma ve mülkün devir ve ferağı yetkisine sahip olurdu ve bu yetkilerini kuruluşun "vasileri" olarak kullanırlardı. Bu hâlâ İngiliz ve Amerikan hukukundaki ortaklıklar hukukunda geçerli olan kuraldır. Bu kural aynı zamanda Roma Katolik Kilisesi'nin kanon hukukunun da kuralıdır.

Kanon hukukçuları aynı zamanda "vakıf" ya da "mal topluluğu" (*universitas bonorum*) adı verilen hukuki bir araç geliştirmişlerdi; mal topluluğu "kişi topluluğu"ndan (*universitas personarum*) farklıydı. Bu daha eski Cermen ya da Roma hukukunda hiç bulunmamaktaydı. Her ne kadar vakfın daha sonraki İngiliz seküler hukukunda tam karşılığı olmasa da diğer Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerince iktibas edilmiştir (Almancada *Stiftung*, Fransızcada *fondation*). Vakıflar, bir amaca tahsis edilen mülk, para ve gayrı maddi malların kişileştirilmesinden meydana geliyordu. Böylece dinî bir arpalık -bir ruhban makamına bağlı olan mülkiyet hakkı, yükümlülükleri, o makama bağlı ekonomik gelirleri ve diğer bütün getirileri ile- tek bir varlık olarak memurları

aracılığıyla yürüttüğü kendi ekonomik ve yasal işleriyle bizzat hukuki bir kişi gibiydi. Bu nedenle bir hastane, düşkünlerevi ya da eğitim kurumları yahut piskoposluk ya da manastır sadece kişiler topluluğu olarak değil aynı zamanda mal topluluğu olarak tasavvur edilebilir.

Kanon hukukçuları kurumsal mülkiyet, tröst ve vakıflara ilişkin modern kavramları geliştirmenin yanı sıra zilyetliğe ilişkin hukuki kavramları da geliştirmişlerdir. Kanon hukukçuları özellikle arazinin, ürünlerin ve gayrı maddi mallar üzerindeki hakların geri alınması için bir dava yolu geliştirmişlerdir. Buna göre zilyetliğini şiddet ya da hile nedeniyle kaybeden önceki sahip, mülkünü haksız bir biçimde kaybettiğini kanıtladığında mülkünü mevcut zilyetten kurtarabilirdi, başkaca belge ile kanıtlama zorunluluğu aranmazdı.

Zilyetliğe ilişkin hukuki çözümlerin geliştirilmesi gerekliydi zira uygulamada arazilerin, birbirlerine rakip olanlar tarafından şiddet yoluyla ele geçirilmesi ve geri alınması çok yaygındı. Kilise iki kişi aynı piskoposluk ya da manastır üzerinde hak iddia ettiğinde ve zilyetliği elinde bulunduran rakibinin silahlı güçleri tarafından saf dışı bırakıldığında bu durumdan doğrudan etkileniyordu. İhtilaf halindeki taraflar bizzat dinî kurumlar - piskoposluk ya da manastır- olabileceği gibi o piskoposluk ya da manastırda atama yetkisine sahip olduğunu iddia eden seküler lordlar da olabilirdi. Zilyedin zorla tahliye edilmesine *spoliatio* ("yağma" veya "talan") denirdi. On ikinci yüzyıldan evvel kilise konsülleri, patriarklar, papalar ve diğer din görevlileri bu meselelerle uğraşırken çeşitli zamanlarda tarafların haklarına karar verilmeden önce, önceki zilyedin zilyetliği geri alması gerektiğine hükmetmişlerdir.

Gratianus, orijinal adı *The Concordance of Discordant Canons* olan eseri *Decretum*'un *Causae II* ve *III* bölümlerinde, hayli karışık iki dava üzerinden yağma meselesi ile uğraşmıştır. Her iki davada da üzerine atılı suçlar nedeniyle zilyetliği zorla kaybettirilen bir piskopos söz konusudur. Gratianus'un analizinin iki önemli bölümü *Causa II*'deki *Quaestio 2 ve Causa III*'teki *Quaestio 1*'e yanıttır ve her ikisi de oldukça kısadır.

İlkinin başlığı şöyledir; "Soyguna uğrayan kimsenin dava edilemeyeceği pek çok otorite tarafından hükme bağlanmıştır". Üç papa şu sonuca ulaşmıştır "dava açılmadan evvel her şey zilyede iade edilmelidir". Piskopos Eusebios, İskenderiye ve Mı-

sır'daki keşişlere şöyle yazmıştır: "Mektuplarınızdan anladığımıza göre ülkelerinizdeki bazı piskoposlar kendi cemaatleri tarafından suçlanıyor... bazılarının malları yağmalanmış ve bazıları makamlarından indirilmiş. Bildiğiniz üzere, yasalara göre onlardan alınanlar tamamıyla geri verilmeden ne bölgesel ne de genel sinodların huzuruna çağrılabilirler... [ne de] yargılanabilirler". Diğer iki papanın da mektupları benzerdir.

Causa III'teki *Quaestio 1*'in başlığı şöyledir: "Yağmaya uğrayan kim olursa olsun zararı tazmin edilmelidir". Gratianus bir kere daha, iki papanın yağmalanan ve makamlarından edilen piskoposların, işledikleri suçlar dava edilmeden evvel durumlarının tümüyle eski haline getirilmesini (*redintegranda,* "yeniden bütünleşme") söyleyen iki papanın mektubuna atıfta bulunmuştur. Papalardan birisinin mektubuna göre, "[piskoposlar] kiliselerinden, eşyalarından ve yetkilerinden mahrum bırakıldığı sürece ne üstleri ne de astları tarafından dava edilebilirler".[11]

Gratianus, papaların spesifik davalara atıfla yazdıkları mektuplarından yararlanarak hayli geniş bir kural çıkarmıştır. Herhangi birisi ister şiddet ister hile ile kaybetmiş olsun, gayrı maddi hakları ve yetkileri de dâhil olmak üzere kendisinden alınanların iade edilmesine yargı kararı ile hükmedilir; dahası bu hüküm ilk elden failleri değil üçüncü kişileri de kapsar.

On ikinci yüzyılın son yarısı ve on üçüncü yüzyılın ilk yarısında Gratianus'un *Decretum*'unu şerh eden hukukçular, bu kuralın genişliğini değerlendirmişlerdir. Johannes Teutonicus tarafından 1215'te yapılan *Ordinary Gloss*'ta yani benimsenen yorumunda, *Causa II, Ouaestio 2*'ye şu notları eklemiştir: "*Causa II, Ouaestio 2* ile *Causa III*'teki *Quaestio 1* arasındaki fark, burada eski haline iade bir *exceptio* olarak kabul edilirken (yani bir suç ithamına dair karşı ispat iken) diğerinde bir dava sebebi olmasıdır (yani bağımsız bir hukuki sebeptir). John Faventius'un şerhinde ise "*Causa III Quaestio 1*: Yağmalanan piskoposlar hakkında söylenenlerin bütün din görevlilerini kapsadığını dikkate alın" denmektedir (Esasında Gratianus kuralını herkesi kapsayacak biçimde genişletmiştir). Hugoccio da şöyle yazmaktadır: "*Causa III Quaestio 1,* c.3: Eğer birisinin malları hasımları tarafından ondan şiddet yoluyla, tehditle ya da hileyle veya herhangi bir yalanla alınırsa, malları ona geri verilmelidir".[12]

---

[11] Decretum, C. 3 q. 1 c. 2.

[12] Bkz. Francesco Ruffini, *L'Actio Spolii* (Turin, 1989), s. 327.

Gratianus'un kuralına *canon redintegranda* ("eski hale iade kuralı") denmektedir. Gratianus'tan kısa bir süre sonra kanon hukukçuları yeni bir dava yarattılar *condictio ex canone redintegrata,* bu davaya daha sonra *actio redintegrata* dendi ve daha sonra *actio spolii* ("yağma davası").[13] *Actio spolii,* malı yitirmeye sebep olan her türlü durumda geçerliydi dolandırıcılık sonucu kaybetmek de dâhil; bu dava taşınır ve taşınmaz malların eski hale iadesi için de gayrı maddi malların iadesi için de açılabilirdi. *Actio spolii* sözü geçen mallara zilyet olmayan üçüncü kişilere de başvurulabilen bir dava yolu idi. Davacının sahip olduğunu iddia ettiği arazi, mal ya da haklara ilişkin bir belge sunması gerekmiyordu. Nihayet bizzat haksız yere zilyet olan tarafından da bu davaya başvurulabilirdi. Çok uç bir örnek olarak A şiddet yoluyla B'nin mülküne el koyduysa, karşılığında B mülkünü A'dan zorla aldıysa (B zorla aldığı mülkü yine zorla yitirdiyse), A mülkün kendisine iadesi için bir yargı kararı çıkarabilirdi. Bu hususta ilke şuydu; mülkü elinden alınan kimse, meseleye ilişkin her şey değerlendirilmeden önce zorla ya da hile ile mülkünü kaybettiğini ispatlarsa, eski hale iadeye dair yargısal çözüme ulaşması öncelikliydi. İhkak-ı hak yoluna giden bundan yararlanmamalıydı.

Bugün mülkiyet denilen zilyetliğin korunması, niteliği gereği mülkiyetin çeşitli kişilere bölündüğü feodal toplumda son derece önemliydi. Feodal kiracı, kendisinin üstü olan feodal lordun mülkünü elinde tutardı; o feodal lord da (kiracı olarak) kralın arazisini. Feodal lord, belirli amaçlarla araziye girebilirdi, araziden elde edilen ürünlerde hak sahibiydi; kiracı ise her ne kadar zilyetliğinin yabancılara karşı korunmasına ihtiyaç duysa da arazinin sahibi değildi. Kanon hukukçularının mülkü zorla alınan birisinin, mülkü rızası dışında kaybettiğini ispatlamasından başkaca delil aranmaksızın mülkünün iadesine hakkı olduğu yönündeki analizi de bu nedenle önemliydi.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda krallık hukukunun gelişmesinin ardındaki zorlayıcı temel nedenlerden birisi baronlar arasındaki barışı sağlamak için merkezî bir otoriteye ihtiyaç duyulmasıydı. Bu durum karşısında da kanon hukukçularının, kendi kendine yetmeyi onaylamayan bu kuralı, hakkı daha üstün olan tarafınkini bile korumaması, daha fazla saygı görmüştür.

Iustiniaus'un metinlerindeki Roma hukuku ise aksine zilyet-

---

[13] Ibid., s. 244.

liğin korunması ve ihkak-ı hak arasındaki çelişkiyi çözüm yollarına çok az yer vermiştir. Mesele *Code, Digesta* ve *Institutes*'te çok kısa ele alınmıştır.

Code'da, İmparator Diocletianus, Maximianus ve Sezar'ın hükümranlıkları döneminde preatorlar tarafından memnuiyete hükmedilen üç örnek verilmektedir (Buradaki memnuiyet, davayı önüne götürdükleri *preator* tarafından uygulanacak kuralın gösterilmesi suretiyle doğrudan taraflara konulan yasaktır).[14] Yargıcın verdiği yasak emrine, *unde vi* ("cebren yasak") denirdi. Iustinianus'un üç örneğinde üç farklı olgusal durum ele alınmıştır. İlkinde *preator* şuna hükmetmiştir: "Yasal zilyet, kendisini mülkünden mahrum edecek şiddete karşı makul ölçüde şiddete başvurma hakkına sahiptir, tabii zilyetliği (hukuken) sakatlanmış değilse". Bu hüküm, mülkün mevcut bir saldırıdan korunma hakkına atıf yapıyor gibi görünmektedir ve kanon hukukçuları tarafından tümüyle *canon reintegrata* ve *actio spolii*'nin gelişmesini sağlayan sorunların dışında bırakılmıştır. Dikkat çekilmelidir ki, bu kuralla sadece malik değil zilyet de korunmaktadır. *Unde vi* yasağına ilişkin ikinci örnek, hemen ilkini izlemektedir. "Memnuiyet kararının yürürlüğe girmesi, mevcut yıl sona ermemişse mülklerinden zorla çıkarılanların onu geri alabilmeleri ve mirasçılarının ellerine geçecek miktara hak kazanabilmeleri için hukukun öngördüğü pozitif kuraldır". Tekrar etmek gerekirse, bu kararlar ihkak-ı hak meselesine çok az yer veriyor. Ayrıca kararlarda davacının mülkünü geri alabilmesi için gerekli ispat yüküne dair değinme bulunmuyor. Üçüncü örnek, ikinciye çok az ekleme yapıyor yahut hiç yapmıyor.

Digesta her nasılsa daha ayrıntılıdır. *"De Vi et De Vi Armata"* başlıklı bölümünde biri Ulpianus'tan diğeri Pomponius'tan alınmış iki ilintili kısım bulunur. Ulpianus, *Code*'da yer alan yasak emrinden açıkça farklı bir yaklaşım gösterir. "*Preator* der ki: Siz ya da köleleriniz, birisini onun olan mülkünden zorla çıkarırsanız, sadece bir yıllık süre tanırım, bir yıl geçtikten sonra, şikâyetçiyi zorla mülkünden çıkaranın elinde kalanlara göre hak ettiğini veririm". Ulpianus hükmü şöyle yorumlar: "Bu hüküm, mülkünden zorla çıkarılanın yararına tesis edilmiştir, bu koşullar altında onun yararına olduğu için de adildir. Bu hüküm onun mülkünü geri almasını sağlamak içindir". Öte yandan Roma hu-

[14] Bkz. Just., C.8.4.1.

kukunun zilyetten keskin biçimde ayırdığı malikin savunması hâlâ belirsizliğini korumaktadır. Gerçek malik, mülkünü kusurlu olarak elinde tuttuğu iddiasıyla işgal edene karşı kuvvet kullanabilir mi?" Ulpianus bu hususta bir şey söylemez ancak yasak emrinin kapsamını sınırlar. Ona göre "Yasak emri şiddetin her türünü kapsamaz, zilyetliğinden mahrum bırakılanlar için verilmiştir. Tarafların topraklarından örneğin, arsalarından ya da binalarından mahrum kalmaları durumunda ve tüyler ürpertici şiddet söz konusu olduğunda geçerlidir". Pomponius kısa bir mütalaada bulunur: "Ancak ne var ki, eğer mülkünüzü silahlı kuvvet zoruyla kaybettiyseniz, siz o mülkü şiddetle, gizlice ya da şüpheli bir biçimde edinmiş olsanız da geri alma hakkınız vardır". Dikkat edilmelidir ki, gerçek malik mülkü, şiddet yoluyla, gizlice ya da şüpheli biçimde edinmiş olabilir.[15]

Nihayet *Institutes*'de *unde vi* yasağı ile ilgili bir bölüm bulunmaktadır ve büyük Roma hukukçusu Gaius'un bir bölümünü izlemektedir. Gaius, İ.S. 2. yüzyılın ikinci yarısında yaşamış ve kimi meseleleri açıklığa kavuştururken diğerlerini daha da belirsiz bırakmıştır. Bunlardan ilki, bir kimse mülkünden (sadece arazi ve binalara uygulanabilir olan) bir yasak emrine dayanılarak zorla çıkarılmışsa, kendisini mülkünden edene karşı "güç kullanarak, gizlice ya da rızası ile" (*vi, clam, precario*) mülkünü geri alabileceğidir. Daha sonra şöyle denmektedir: "Eğer bir kimse bir şeyi zorla ele geçirmişse ve bu onun kendi mülkü ise onun maliki olmaktan mahrum kalır...". Ancak mülkün kimin olacağı belirsizdir. Nihayet bu bölüm, şiddetin özel mi kamusal mı olduğuna ilişkin olarak *Lex Julia*'ya atıfla, birisinin mülkünü zorla ele geçiren kimsenin silah kullanılmamışsa özel şiddetten sorumlu olduğunu ancak silah kullandıysa kamusal şiddetten sorumlu olduğunu belirtmektedir. "Silah dediğimizde sadece kılıç, kalkan ve miğferleri değil sopa ve taşları da anlıyoruz".[16]

Zilyetliğin haksız kaybına ilişkin çözümleri Iustianus'un metinleri ile Gratianus'un *Decretum*'unu karşılaştırarak ele almak çok aydınlatıcıdır. Bazı bakımlardan papaların mektupları Gratianus'un yaklaşımında, *preator*ların kararlarının Ulpianus, Pomponius ve Gaius'un kararlarında oynadığına benzer bir rol oynamıştır. Ne var ki, Romalı hukukçuların atıf yapılan yorumları

---

[15] Bkz. D. 48.16.1.

[16] Just., I.4.15.6.

yasak emrinin diline sıkı sıkıya bağlıdır. Her ne kadar ele aldıkları davalara katkıda bulunmuşlarsa da yetkili merciin görüşüyle çatışmaktansa ona bağlı kalmaya meyillidirler. Genellikle kuralda belirtilen ya da örtük olarak bulunan ayrımları izlemişlerdir. Nitekim eğer yasak emri "arazi" demişse, Roma hukukçuları da yorumlarında "ürünler" demektense "arazi" demeye eğilimlidir. Gratianus'la birlikte ise eğilim kuralın altını çizecek ilkeyi aramak yönündedir. Eğer arazi için geçerliyse neden ürünler için de geçerli olmasın? Eğer arazi ve ürünlerse neden haklar da dâhil edilmesin? Yetkililer piskopos diyorsa, Gratianus keşiş ve papazları, nihayetinde herkesi eklemiştir, zira ona göre uygulanacak ilke aynıdır. Böylece Roma metinleri ayrı ayrı kuralları dikkate alırken ve dar yorumlarken; ki, rasyonalize etmek zordur, Gratianus analizinde, çok çeşitli durumlara uygulanabilecek kapsamlı bir ilkeye ulaşmıştır.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Roma metinlerinden burada alıntılananlarda olduğu gibi mülklerinden hukuksuzca mahrum bırakılanların haklarına dair tutarlı bir öğreti süzmek Roma hukuk bilimcilerinin dehasının sonucudur. Roma hukukçuları bunu *unde vi* yasağına ve *vi el armata*'ya; Ulpianus, Pomponius ve Gaius'un yorumlarına ve Gratianus'un önceki papaların kararlarına, sonraki kanon hukukçularının ise Gratianus'un çalışmalarına uyguladığına benzer mantığa dayanarak yapmıştır. Kanon ve Roma hukukçularının hukuk biliminin etkisiyle Avrupa'nın çeşitli seküler yöneticileri de kendi yasalarını çıkarmışlardır. Bu yasalara göre, haklı zilyet dahi işgalcileri zorla ya da hile ile kovamaz ve mülkü hukuksuz ele geçiren daha sonra mülkünü, eğer kendisinin ise geri alacak olsa bile bırakmak zorundadır.

Seküler yöneticileri hangi politikalar harekete geçirmiş olursa olsun kanon hukukçuları *canon reintegrata* ve *actio spolii*'yi öncelikle zilyedi korumak için değil, ihkak-ı hakkı ve kötü niyeti cezalandırmak için geliştirmişlerdir. Bu başka bir yenilikten, Roma hukukunun zilyedin, hukuki zemini olmak kaydıyla belli bir zaman geçince arazinin tapusunu kazanmasına izin veren gelişiminde de görülebilir. Örneğin araziyi iyi niyetle edinen ancak daha sonra satıcının arazinin tapusuna sahip olmadığını fark eden kişi nihayetinde "kazandırıcı zamanaşımı" ile o mülkün sahibi olabilir. Kanon hukukçularına göre eğer zilyet, araziyi hukuksuzca edindiğini biliyorsa ve aslında hukuken kime ait olduğunu biliyorsa o halde burada kötü niyet ve günah vardır. On

ikinci yüzyılda, Gratianus'un incelemesi yayınlandıktan kısa zaman sonra, anonim bir yazar böylesi kazanımları hırsızlık olarak sınıflandırmıştır. Ondan sonra Papa III. Innocent, kazandırıcı zamanaşımı ile hak iddiasında bulunan kimsenin, o eşyanın başkasına ait olduğunu hiçbir zaman bilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Kanon hukukunun bu hükmü, Avrupa'nın pek çok bölgesinde seküler hukukla sert biçimde çatışmıştır. Bununla birlikte mülkiyete ilişkin kanon hukukunun temel yapısal unsurunu temsil etmektedir.

Kanonik Sözleşmeler Hukuku

Kilise, on ikinci yüzyılda, sırf dinî korporasyonlar arasındaki ekonomik işlemleri düzenleyebilmek için gelişmiş bir sözleşmeler hukuku kurumuna ihtiyaç duymuştur.[17] Kilise mahkemeleri de ayrıca tarafların iyi niyet sözü" verdikleri ve bu nedenle de sözleşmeler hukuku kanonuna uyulması gereken "lâikler arası ekonomik sözleşmeler üzerinde yetkili olmanın yollarını araştırmış ve bulmuşlardır. Daha da önemlisi aile hukuku kanonu, sözleşmeler hukukunun önemli unsurlarını barındırmaktadır.

Kanon hukukçuları, sözleşmeler hukukunda, yorumcuların Iustinianus'un yeniden keşfedilen metinlerinden çıkardıkları çok sayıda kavram ve kuralı eşya hukukunda olduğundan bile daha fazla bütünleştirebilmiştir. Bunun sebepleri iki yönlüdür. Birincisi, eski Roma hukuku (*ius gentium*) sözleşme alanında hayli kapsamlı bir seviyeye yükselmeyi başarmıştır ve alanın sözcükleri ve bireysel sorunlara bulduğu çözümlerin çoğu, on ikinci yüzyılda Batı Avrupa'da yeni yeni filizlenen ticari hayatta kullanılabilirdi. İkincisi, on ikinci yüzyılın Roma hukuku yorumcuları, kısmen kendi dönemlerindeki ekonomik değişimin hızı onlardan talep ettiği için, Roma hukukuna göre düzenlenen daha eski sözleşmeleri uyarlamakta ve dönüştürmekte özellikle uzmanlaşmışlardı.

Daha eski Roma hukuku, bilhassa sözleşme yapmanın çeşitli biçimlerini ve bu biçimlere denk gelen sözleşme türlerini öngö-

---

[17] On ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki sözleşmeler hukuku kanonu için bkz. Plöchl, *Gesichte*, s. 339; Timothy Lynch, *Contracts between Bishops and Religious Congregation: A Historical Synopsis and a Commentary* (Wahington, D.C., 1947); Alfred Söllner, "Die Causa im Kondiktionen und Vertragsrecht des Mittlealters bei den Glossatoren, Kommantatoren und Kondiktionen und Kanoniken", *ZSS (rom)*, 77 (1960), 182-259.

rüyordu. Nitekim Gaius, belli sözleşme türlerinin şifahi olarak yapıldığını, diğerlerinin hesap defterlerine yazıldığını; üçüncü bir sözleşme türünün sözleşmede yazılı nesnenin teslimiyle ve dördüncü tür sözleşmenin gayrıresmi bir rıza bildirimiyle yapıldığını yazmıştır. Gaius, bahsettiği üçüncü tür sözleşmede; karz akdi ya da misli mallara ilişkin ödünç akdi, tüketim ödüncü sözleşmesini, depozitoyu (talep üzerine geri alınacak olan) ve rehin sözleşmesini (bir yükümlülüğün yerine getirilmesini güvenceleyen) sıralamıştır. Dördüncü tür sözleşmede ise satım, kiralama, ortaklık ve temsil (bir çeşit acente) sözleşmesini sıralamıştır. Daha sonra gelen Roma hukukçuları, çeşitli sözleşme türlerini eklemişlerdir, bunlardan en önemlisi dört tipi olan isimsiz sözleşmelerdir. Bunlar; bağışa karşılık bağış (*do ut des* "veriyorum ki, veresin"), bağış karşılığı edim sözleşmesi (*do ut facias* "veriyorum ki, yapasın"); edim karşılığı bağış sözleşmesi (*facio ut des* "yapıyorum ki, veresin") ve edime karşılık edim sözleşmesidir (*facio ut facias* "yapıyorum ki, yapasın"). İsimsiz sözleşmeler ancak taraflardan birisi yükümlülüğünü yerine getirdiğinde dava konusu olabilir.

Sözleşme türlerinin ve tiplerinin detaylı olarak düzenlenmesine ek olarak Iustinianus'un metinleri, bunların ifası için yüzlerce dağınık kural öngörmekle birlikte -hukukçuların görüşleri, dava tutanakları, imparatorların kararnameleri, vb.- hiçbir yerde bu kuralların yahut sınıflandırmanın sebeplerine ilişkin sistematik bir açıklamaya rastlanmaz.

On birinci ve on ikinci yüzyılın yorumcuları, bir açıklama ararken *Digesta*'da gizli kalmış bir pasajı değerlendirmişlerdir. Buna göre, isimsiz bir sözleşme dahi, eğer bir temeli (*causa*) varsa, aksi halde doğurmayacağı bir yükümlülük doğurur ve "bu nedenle çıplak bir sözleşme davaya sebep olmaz".[18] Yazar burada sadece isimsiz sözleşmelerin taraflardan birisi borcunu ifa etmedikçe bir davaya konu olmayacağını ifade etmiş olabilir. "*Glossatorlar*", James Gordley'nin belirttiği üzere "yazarın kastettiğinden daha fazlasını çıkarmışlardır. Seçtikleri ve genel bir ilkeye dönüştürdükleri sözcük 'çıplak'tır; bir davanın doğması için, sözleşme 'giyinik' olmalıdır. *Causa* 'giysi'nin varlığı olarak tanımlanmıştır. Acursius, *causa*'yı, 'bir anlaşmayı giydiren veril-

[18] D. 2. 14. 7. 1.

miş ya da yapılmış şey' olarak tanımlamaktadır".[19] Böylece, *causa* sözcüğü, yorumcular tarafından çeşitli sözleşmelerin neden bağlayıcı olduğunu (ya da olması gerektiğini) açıklayan genel terim olarak kullanılmıştır. Sözcük pek çok anlamı barındırmaktadır; temel, sebep, amaç, neden vd. Gordley, yorumcuların *causa*'nın farklı türlerini birbirinden ayırarak; örneğin Aristoteles'in ereksel neden, *causa finalis*, terimine başvurdukları sözleşmenin akdedilme amacı; *causa impulsiva* terimini kullandıkları tarafları sözleşme yapmaya iten devindirici neden gibi, ihtilaflı durumlarda sözleşmenin geçerliliğini belirleyen bir dil bulduklarına işaret etmektedir. Ne var ki, özellikle on dördüncü yüzyılın İtalyan hukukçuları Bartolus ve Baldus başta olmak üzere, hukukçuların daha da ileriye giderek sadece Roma sözleşmeler hukukunun sentezini yapmaları değil bugün sözleşmenin genel teorisi denilebilecek öğretiyi oluşturabilmeleri ancak iki yüz yıl sonra; Aristoteles'in *Metafizik* ve *Etik* adlı eserlerinin çevrilmesinden ve Aquina'lı Thomas'ın Aristoteles'in felsefesini Hıristiyan teolojisine uygulamasından sonra mümkün olmuştur. Bunu, Aristoteles'in dağıtıcı ve denkleştirici adalet kavramlarından başlayarak ve Aristoteles'in töz ve ilinek kategorileri ile Aristoteles'in özgün "ereksel neden, formel neden, maddi neden ve etkin (fail) neden" kavramlarını kullanarak yapmışlardır.[20]

On dördüncü yüzyılın post-*glossatorları* tarafından geliştirilen sözleşme teorisi, sadece on ikinci ve on üçüncü yüzyılların yorumcularının attığı Roma hukuku biliminin temelleri -Aristoteles'in kavramları, kategorileri ve tanımları- değil; aynı zamanda on ikinci ve on üçüncü yüzyılların kanon hukukçularının hukuk biliminin daha da ötesinde hukuk sisteminin temelleri üzerinde inşa edilmiştir. Kanon hukukçuları, Roma hukuk bilimine ilkin, "giyinik" olsunlar ya da olmasınlar verilen sözlerin kendilerinin bağlayıcı olduğu ilkesini katmışlardır. İkinci olarak da sözleşmenin temelini oluşturan ve eğer uygun bir *causa* ise sözleşmeye geçerlilik sağlayan *causa*'nın, tarafların sözleşmeye katılmalarını meşrulaştıran ahlaki yükümlülük bakımından tanımlanması gerektiğini eklemişlerdir.

Kanon hukukçuları, kefaretin "verilen her söz, şeklinden ba-

[19] James R. Gordley, "The Search for a General Theory of Contract", (elyazması yazardadır, 1979), s. 48.
[20] Ibid.

ğımsız olarak bağlayıcıdır" ilkesinden yola çıkmıştır: *Pacta sunt servanda* (Ahde vefa). Bununla birlikte, bir sözleşmenin yazılı olmaması ya da yemin altında yapılmamış olması bir sözleşmeye ilişkin davada ileri sürülebilecek bir savunma değildir. Kanon hukukçuları bir ant ve sözün, yemin altında olmasa bile Tanrı'nın gözünde eşit olduğunu ve bir anlaşmanın yükümlülüklerini ifa etmemenin de yalana eş olduğunu söylemişlerdir.

Yine de bu her sözün bağlayıcı olduğu biçiminde anlaşılmamıştır. Sadece -gerekçelendirme anlamında- uygun bir *causa*'sı olan anlaşmalar hukuken bağlayıcı kabul edilmiştir. "Eğer vaatte bulunan belli bir sonucu ya da belli bir hukuki eylemi yahut daha karmaşık bir şeyi, mesela barış gibi, tasavvur ediyorsa *causa* vardır. Ve ahlakiliğin korunabilmesi için, vaatte bulunanın sadece bir amacının olması zorunlu değildir; aynı zamanda o amacın da makul ve adil olması gerekir".[21]

Sözleşme hukukunda makullük ve adalet on ikinci yüzyılın kanon hukukçuları gibi Roma hukukçuları için de her iki tarafın kazanç ve kayıplarının dengeli olması gerektiği anlamına geliyordu. Her sözleşmede eşdeğer şeyler ya da hizmetler karşılıklı olarak sunulmalıydı. Buna "adil değer" ilkesi deniyordu. Bu ifade, *pretium iustum*, bizatihi *Digesta*'da yer alan bir pasajdan alınmıştı. Buna göre, emlâkının "adil fiyat"ının yarısından azını alan bir satıcı (*fundus*), alıcıyı dava edebilirdi. Ancak alıcı, borcunu ifa etme seçeneğine sahipti (varsayımsal olarak ya gerekli miktarı öderdi ya da sözleşmeyi feshederdi).[22] Bu kural (görünüşe göre ödeme yapılmamış bir satıcının davasında verilen bir karar) Batı Avrupa'da ilk defa, on ikinci yüzyılın başlarındaki bir Roma hukuku ders kitabında *Brachlogus*'ta zikredilmiş; satım sözleşmelerinde uygulanmak üzere genişletilmiştir.[23] Kanon hukukçuları da aynı kuralı uygulamıştır.[24] Daha ileride adil fiyat öğretisi her-

---

[21] Söllner, *Causa*, s. 240.

[22] Just., C. 4. 44. 7. Metnin Latince ve İngilizce olarak tamamı ve analizi için bkz. Kenneth S. Cahn, "The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law", *Studies in Medieval and Renaissance History*, 6 (1969), 1.

[23] Eduardus Bocking, ed., *Corpus Legum sive Brachlogus Iuris Civilis*, (Berlin, 1829), ss. 98-99, aktaran Cahn, "Roman and Frankisk Roots", s. 18, n. 15.

[24] Papa III. Alexander'ın bir kararnamesinde (1159-1181), Arras Piskoposu tarafından görülen davada verilen şu hüküm yer almaktadır. Beauvais papazları Chaalis Manastırına odun satmış ancak kendilerine adil fiyatın yarısından azı ödenmiştir. Arras piskoposu, alıcının ödediği miktarı geri alıp satın aldıklarını iade etmesine yer olmadığına, kendisine adil fiyatı tamamlayacak ödemeyi yapma seçeneği su-

hangi bir sözleşmenin geçerliliğini belirlemede dikkate alınan en önemli ilke olmuştur.

Buradaki sorun kuşkusuz "adil" olanın ne olduğunu belirlemek olmuştur. Hem kanon hukukçuları hem Roma hukukçuları adil fiyatın, normalde tahmini değer yani pazar fiyatı olduğu ilkesinden yola çıkmışlardır.[25] Sabit bir fiyat olarak ele alınmamış; zamana ve mekâna göre değişmiştir. Ancak kimi zaman, arazi davalarında olduğu gibi, rayiç değeri belirlemek zor olabilir. Adil fiyat, araziden gelen gelire, satışı yapılacak arazinin civarındaki mülklere göre ya da bunlar etkili değilse, yerel fiyatlara aşina kimselere sorularak belirlenebilirdi.

Roma hukukçuları, yanlış yorumlama ya da maddi hata sonucunda adil fiyat ilkesinden sapmayı da ele almıştır. Buna göre eğer bir alıcı ya da satıcı piyasa değerinin ne olduğunu bilmeden, bu değerden daha fazlasını ödemiş yahut almışsa, diğer tarafın kasıtlı olarak yanlış bilgi verip vermemesine bağlı olarak mağduru koruyan çeşitli kararlar vermişlerdir. Roma hukukçuları, kanon hukukçularının evlilik sözleşmelerinde hataya düşen tarafa ilişkin olarak uyguladıkları şu kuralı sözleşmelere uygulamışlardır. Buna göre, hataya düşen kişi, gerçek koşulları bilse bile o sözleşmeyi yapacak idiyse, o hata sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracak esaslı bir hata olarak kabul edilmezdi.

Kanon hukukçuları, satım sözleşmelerinin adil fiyatın dışındaki bir boyutuyla da ilgilenmişlerdir; taraflardan birisinin aşırı kâr elde etmesi. Kâr elde etmenin kendisi, -pek çok modern yazarın söylediğinin aksine- on ikinci yüzyılın kanon hukuku tarafından suç sayılmıyordu; ucuza alıp pahalıya satmak pek çok durumda normal kabul ediliyordu. Eğer bir mülk satın alındıktan sonra zaman içinde değer kazanıyorsa, onu yükselen fiyatından satmakta beis yoktu. Eğer bir zanaatkâr, bir eşyayı ustalığıyla geliştiriyorsa; kendisinin satın aldığı fiyattan daha fazlasına satmaya hakkı vardı. Ancak malın durumunda herhangi bir iyileşme olmasa bile, bir tacirin satarak kâr elde etmek amacıyla ürün satın almasında olduğu gibi, kanon hukukçuları, açgözlülük değil de tacirin kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu kim-

---

nulmasına karar vermiştir. Gregory IX, *Decretals* 3.17.3, aktaran Cahn, "Roman and Frankish Roots", s. 25, n. 40.

[25] Bkz. J.R. Gordley, "Equality in Exchange", *California Law Review*, 69 (1981), s. 1640.

seleri geçindirmek amacıyla kâr elde edilmesinin normal olduğu görüşündeydi.[26] Kanon hukukuna göre kabul edilemez olan "aşırı" kârdı (*turpe lucrum, "filthy lucre"*) ve bu husus açgözlü ticaretle özdeşleştiriliyordu. Ancak bunlar kısmen normal ticari işlerden bir sapma olup olmadıklarına göre nitelendiriliyordu. Nitekim kanon hukukçularına göre adil fiyat öğretisi, özünde hem baskıcı işlemlerdeki insafsızlığı hem de piyasa kurallarını ihlal eden haksız rekabeti önlemeye dair bir kural haline gelmiştir.

Kanon hukukunda, aşırı kâra ilişkin öğretinin bir benzeri de tefecilik [faiz] yasağıdır. Faiz hem Eski Ahit'te hem de Yeni Ahit'te yasaktır ve kilise tarafından da başlangıcından itibaren kınanmıştır.[27] Ne var ki, tefecilik hiçbir zaman açıkça tanımlanmamış, sürekli değişmiştir. Kimi zaman amacı ve şekli ne olursa olsun para ödünç vermekten elde edilen herhangi bir gelire atıf yapılarak tanımlanmış gibi görünmektedir. Hasattan ve mahsulün satılmasından önceki kıtlık dönemlerinde toprağı işleyenlerin hayatta kalma mücadelesinin verildiği tarım toplumlarında, faiz karşılığında para ödünç verenlere hem ihtiyaç duyulmuş hem de onlardan nefret edilmiş; hem onlara muhtaç olunmuş hem de lanetlenmişlerdir. Batı Avrupa'da dokuzuncu, onuncu yüzyıllarda ve on birinci yüzyılın başlarında (ticaretin yeniden canlanışından önce), para neredeyse her zaman üretim ve yatırımdan ziyade tüketim için ödünç alınmıştır. Kilise de tefecilik günahına ilişkin çok sayıda genel yasak koymuştur. Ne var ki, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında ekonomik durum temelden değişmeye başlamıştır. Bundan böyle artık oldukça geniş ölçekli ekonomik girişimler için paraya ihtiyaç duyulmuştur. Paraya kilisenin kendisinin oldukça geniş ölçekli askerî girişimleri için de ihtiyaç duyulmuştur. Aynı zamanda John Noonan'ın işaret ettiği üzere "pek çok kilise ve manastıra ciddi bağışlar yapılmıştı ve her biri sürekli olarak mâli kaynaklarına uygun yatırımlar bulma baskısı altındaydı. Gerçekte, Haçlı Seferleri'ne katılan asilzadelerin ana mukrizleri manastırlardı. Kiliselerin ve dinî kurumların yıllık gelirleri de çok geniş ölçekliydi... Çoğunlukla bizzat papalığın bankalarda çok büyük meblağlarda parası bulunuyordu".[28]

---

[26] Ibid., Ayrıca bkz. John T. Gilchrist, *The Church and Economic Activity in the Middle Ages* (New York, 1969), s. 274.

[27] Bkz. John Noonan, Jr., *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge, Mass., 1957), s. 11.

[28] Ibid., s. 506.

Kanon hukukçuları bütün bu koşullar altında tefecilik yasalarını ilk kez dizgeleştirmeye başlamışlardı. Daha eski zamanların genel, geniş tanımı ile başladılar; tefecilik günahı, kâr elde etmek için ödünç para vermektir. Gratianus tefeciliği "anaparanın üzerinde talep edilen her miktar" olarak tanımlamış ve tefecinin, hırsız gibi; aldığı paranın borç verdiği parayı aşan kısmını iade etmek zorunda oluğunu belirtmiştir.[29] On ikinci yüzyılın kanon hukukçuları ise tefecilik kavramını, malların peşin satışa oranla daha fazla ücret talep edilerek veresiye satılmasını da kapsayacak biçimde genişletmişlerdir. Ancak aynı zamanda -kâr elde etmek amacıyla- çok sayıda finansal işlem ve kredi aracının tefecilik olmadığı ilan edilmiştir. Borç alan kimse bir düşman, bir vasal ya da haksız zilyet olduğunda faiz konulabilirdi. Borç vermeden doğan bir zararın karşılanması için de faiz konulabilirdi. Ayrıca borçlunun, borcunu kararlaştırılan zamanda ödememesi halinde mâli bir cezayı (gecikme faizi) öngören bir sözleşme geçerliydi. Yine, bir rehni tutan mukriz, onu korumak için yaptığı harcamaları, rehnedilen malın getirilerini alabilirdi. Nihayet on üçüncü yüzyılın ikinci yarısında, mukriz borç verdiği için kayba uğrar ya da getiriden mahrum kalırsa, kredili satışta nakit satışa oranla daha yüksek ücret alınabileceğine karar verilmiştir. Gerçekten de kanon hukukçuları, önce Roma hukuku kavramı olan faizi (*interesse*), tefecilik günahından ayırmak için, borç verilenin yasal getirisi anlamında kullanmışlardır.

Üstelik kanon hukuku, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında yeşermeye başlayan ve kâr elde etmek için parayı en başta riske eden çeşitli ticari sözleşmeleri tanımıştır. Bunlara, ortaklığın bir şekli olan müşterek teşebbüsler, gelir getiren malvarlıkları nedeniyle her yıl ödenmesi zorunlu olan *census* ve alacaklının borcu, belli bir indirim karşılığında üçüncü kişiye devri de dâhildir. Sonuçta Romalı "*deposit*" [tevdi etme] sözcüğü, isteğe bağlı faizle birlikte yatırım için borç verme anlamına evrilmiştir.

Böylece tefeciliğe ilişkin kanon hukuku, tefecilik yasağına istisnalar getiren bir sistem olarak gelişmiştir. Adil fiyat öğretisi gibi tefecilik yasağı da hem insafsızlığı hem de haksız rekabeti önlemeye yönelik esnek bir kuraldı. John Gilhrist, kanon hukukunun ilkelerinin, Batı Avrupa'da on ikinci yüzyılda ticari ve fi-

---

[29] Decretum, C. 14. q. 4 ve 46, cc. 9 ve 10.

nansal etkinliklerin ani genişlemesine önemli bir zemin hazırladığı yargısında hiç şüphesiz haklıdır.[30] Sözleşmelerin geçerliliğinin anahtarı olarak şekle tabi olmayan sözleşmelerin uygulanması ("söz senettir") ve ahlaki yükümlülüklerin önceliği kavramı ile adil fiyat ve tefecilik yasağı biçimindeki insafsız ve haksız rekabet öğretileri aracılığı ve Roma hukuk biliminin yardımıyla kanon hukukçuları, sözleşmeler hukukunu kanon hukuku içerisinde bir alt-sistem olarak yaratabilmişlerdir.

Usul

Kanon hukukçuları hem eski Roma hukuku metinlerinden hem de dönemin Cermen geleneklerinden birçok yönden beslenmişlerdir. Ancak her ikisini bir araya getirerek yeni anlamlar kazandırmış ve her ikisinden de ziyadesiyle farklı bir bütün yaratmışlardır.

Bu husus, en çarpıcı biçimiyle kilise mahkemelerinin yargılama usullerinde görünmüştür.[31] (1) Usule ilişkin eski Roma ve Cermen sistemlerinin aksine, kanonik usul yazılıydı. Medeni dava veya ceza davası, ancak olguların kısaca belirtildiği yazılı bir dilekçeyle açılabilirdi. Davalının da davacının ileri sürdüğü hususlara yazılı yanıt vermesi gerekiyordu. On üçüncü yüzyılın başlarından itibaren davaların yazılı kayıtlarının tutulması mecburiydi. Yargıç gerekçelerini yazılı sunmasa da yargılama yazılı olmak zorundaydı. Taraflar tanıkları ve birbirlerini yazılı olarak sorgulardı. (2) Tanıklık ister yazılı olsun ister sözlü, yemin edilerek yapılırdı ve yalancı tanıklığın cezası ağırdı. Yeminin kendisi bir Cermen kurumuydu ancak yemini modern anlamıyla bir tanıklık aracı olarak ilk kez kullananlar kanon hukukçularıydı. Bir tarafın yemin ederek kendisini, diğerlerinin de aynı yemini ederek ilgili tarafı "akladığı" Cermen *compurgation* (tanık yeminiyle aklanma), yemin yardımcılığı sisteminin aksine, kanon hukukçuları bir tarafın ya da tanığın, daha en başında kendisine sorulabilecek bir soruya doğrulukla yanıt vereceğine dair bir yemin etmesini şart koşmuştur. (3) Kanonik usul, tarafların kendilerini,

---

[30] Gilchrist, *Economic Activity*, s. 107.

[31] On ikinci ve on üçüncü yüzyılların kanon hukukunda usul ve ispat üzerine bkz. Plöchl, *Gescichte*, I, 88-90 ile II, 311-388; R.B. Clune, *The Judicial Interrogation of the Parties*, CLS, no. 269 (Washington, D.C., 1948); Alessandro Giuliani, "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading", *Judicial Review*, 62 (1969), 231-251.

hâkimin huzurunda olguları hukuka uygun biçimde açığa çıkaracak bir danışmanla temsil etmelerine izin veriyordu. Daha önceleri hem Roma hem de Cermen hukukunda bir başkasının adına hareket edenin, onun hak ve yükümlülüklerini üstlendiği kabul edilirdi; temsilci, bir temsilci olmaktan ziyade bir ikameydi, temsil ettiği kişinin yerine geçerdi. Yasal temsilcilik kavramı ilk defa kanon hukukçuları tarafından geliştirilmiştir ve hem teolojik kavramlarla hem de dinî meselelerle yakından ilişkilidir. (4) Kanon hukukçuları, birisi resmî ve şeklî diğeri eşitlikçi ve sade olmak üzere ikili usul sistemini de yaratmışlardır. Belli türdeki medeni davalarda; yoksulların ve baskı altındaki kişilerle ilgili olan ve sıradan bir yasal çözümün yararlı olmadığı durumlar da dâhil olmak üzere, sade olan usul uygulanırdı. Bu usul, yasal danışman ya da yazılı dilekçe ve sorgulama olmadan da yürütülebilirdi. (5) Son olarak, yine hem Roma hem Cermen sistemlerinin aksine, kanon hukukunun ceza yargılaması usulünde davadaki olguların; tarafların ve tanıkların yargıç tarafından akla ve vicdana uygun biçimde soruşturulmasını gerektiren adli tahkikat da geliştirilmiştir. Bu ilkelerden birisi, yargıcın kendi verdiği karardan emin olmasıdır. Usul hukuku sisteminin "yargıcın vicdanına seslenmek" üzere düzenlendiği söylenirdi. Bu ifade daha sonra İngiliz Yüksek Mahkemesi'nde de (*English Chancery*) kullanılmıştır. İkinci bir ilke ise, kendisini; onun ne bildiğini anlamak ve ondan bilgi alabilmek için mahkeme huzurundaki kişinin yerine koymasıydı. Yargıç bunu "günahkârın, utanç ya da gizleme isteğiyle belki de kendisinin bile bilmediklerini" ortaya çıkaracak ustaca bir sorgulamayla yapardı.[32]

Adli tahkikata yapılan vurgu sadece kanıtlara ulaşmaya yönelik daha rasyonel bir usulle değil, aynı zamanda hukuki ilgilik ve maddilik (gereklilik) kavramları ile de ilişkilidir. Bu kurallar, gereksiz delillerin (çoktan tespit edilmiş meselelerin), ilgisiz delillerin (davayla ilgisi olmayan meselelerin), muğlak ve belirsiz delillerin (açık çıkarımların yapılamayacağı meselelerin), çok genel delillerin (belirsizliğe neden olan meselelerin) ve doğaya aykırı delillerin (inanılması mümkün olmayan meselelerin) mahkemeye sunulmasını önlemek amacıyla geliştirilmiştir.[33]

On ikinci yüzyıl kanon hukukunun daha modern, daha ras-

---

[32] *De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, *PL* 40.1129.

[33] Giuliani, "Rhetoric".

yonel ve daha sistematize usulü; daha önceki yüzyıllarda yaygın olan daha iptidai, daha şekilci ve suni Cermen yargılama usulüne çarpıcı bir karşıtlık sergilemektedir. Gerçekten akıl ve vicdan ilkeleri, kilise hukukçuları tarafından Cermenlerin hukukundaki şekilciliğe ve sihire karşı ileri sürülmüştür. Bunun en dramatik örneği 1215'teki Dördüncü Lateran Konsülü'nün papazların, sorgulardaki işkenceye katılmasını yasaklayan kararnamesidir. Bu yasayla Batı Hıristiyanlığı'nda işkenceye başvurulmasını etkin biçimde sonlandırırken seküler otoriteleri de başka yargılama usulü bulmaya zorlamışlardır. Pek çok ülkede seküler mahkemeler, kilise mahkemelerinin usulüne benzer yargılama usullerini benimsemiştir. İngiltere'de kraliyet mahkemeleri işkencenin yerine, daha sonra jüri denilen açık tahkikat usulünü getirmiştir ki, bu usul, İngiliz kraliyet mahkemelerinde görülen medeni davalarda elli yılı aşkın süredir kullanılmaktaydı ancak ceza yargılamalarında hiç uygulanmamıştı. Ne var ki, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda İngiliz yüksek yargıçları, önlerine gelen davalarda kilisenin yargılama usulünün pek çok özelliğini benimsemiştir, buna daha sonra *suits in equity* (*equity* mahkemelerinde görülen davalar) denmiştir.[34]

Ne var ki, karmaşıklığına ve akıl ve vicdan üzerindeki vurgusuna rağmen; kanon hukuku, kendisinin sihirle ilgili unsurlarını barındırmaktadır. Bunlar başından sonuna dek belliydi ancak en çarpıcı biçimde kısa ("düz") yargılamaların aksine, resmî ("yetkili mercii") usulde bulunmaktaydı. Hepsinden öte, sihirsel bir unsur söz konusu olduğunda yazının önemi fazlaca abartılmıştı. Mauro Cappelletti'nin söylediği üzere "Yazılı hale dönüştürülmeyen usuli işlemler hükümsüz ve geçersizdi... Yargıcın kararını yazılı kayıtlara dayanarak vermesi gerekiyordu".[35] Nihayet, resmî usulün en şekilci türlerinde, yargıç tarafları ve tanıkları kendisi sorgulamaz, sadece mahkemenin yetkili memurları tarafından yapılan soruşturmanın yazılı kayıtlarını incelerdi. Elbette bu, adli tahkikatın esas amacını; yani yargıcın ihtilaftaki meselelerin gerçekliğine içsel olarak ikna olması gerekliliğini, bertaraf ediyordu.

---

[34] Bkz. Helmut Coing, "English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Common Law", *Law Quarterly Review,* 71 (1955), 233.

[35] Mauro Cappelletti and Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy* (The Hague, 1965), ss. 35-36.

Kutsallık veya sihirle birlikte yazım, illiyet ve maddilik unsurlarının yanı sıra delili değerlendirmek için öngörülmüş bir dizi şekli kuralın ayrıntılı biçimde hazırlanmasıydı. Bir meselenin ortaya konabilmesi için iki gören ya da duyan tanığın varlığı gerekiyordu (her ne kadar mahkeme herkesçe bilinen meselelere vakıf olsa da). Bir kadının tanıklığı, yarım tanıklık sayılıyordu ve en az bir erkeğin tanıklığıyla desteklenmeliydi. Bir soylunun tanıklığı halktan bir kişininkinden, bir papazın tanıklığı bir lâikinkinden, bir Hıristiyan'ınki bir Yahudi'ninkinden daha üstün sayılırdı. Delilin yapay ağırlığının (tam delil, yarım delil, çeyrek delil, hatta sekizde bir delil) delilin önemini artırdığı varsayılırdı, zira yargıç tanıkların sorgulanmasından çıkarılmıştı ve karar vermek için yazılı kayıtlardan başka bir şeyi yoktu.

İspatın hem resmî hem de rasyonel olarak zor olması, ceza davalarında çoğunlukla mahkûmiyet verilmesinin gerekçelendirilmesini de zorlaştırıyordu.[36] Bu gerçek, başka her sebepten daha fazla, nihayetinde delil elde etmek ve özellikle "delillerin kraliçesini" yani itirafı koparmak için yaygın biçimde işkenceye başvurulmasına yol açmıştır. Zanlının ruh halinin tartışmalı olduğu davalarda -sapkınlık davaları en önemli örneğidir- zanlının ruh haline ilişkin tanıklık edecek kendisinden daha yetkin kimse yoktu ve suçlu bir zihnin ikrarını elde etmenin zora başvurmaktan daha etkili bir yolu yoktu.

Medeni davalarda, sadece ispatın zorluğu değil, aynı zamanda özellikle yargıcın dahli olmadan yazılı soruşturmadan kanıt devşirmenin karmaşık olması kaçınılmaz olarak hukukçuların yaygın biçimde geciktirme yöntemlerine başvurmasına yol açmıştır. Buna karşılık ise, her birinin kurallarının yargıç tarafından ayrı ayrı belirlendiği zorunlu aşamalar getirilmiştir. Ne var ki, sistem baskıya dayanamamış ve farklı hükümlere itiraz edilmesine izin vermiştir ancak bu itirazlar, hükme daha sonraki bir aşamada itiraz etme hakkından feragat etmek pahasına olmuştur. Bu nedenle bazı davaların yıllar hatta on yıllar sürmesi şaşırtıcı değildir.

---

[36] Kanon hukukçuları ispat yükünün, iddia eden tarafa ait olduğunu belirtmişti. Bu, masumiyet karinesinin kaynaklarından birisidir. Ne var ki yazılı usulün sözlü usulün yerini almasıyla yargıçlar, zanlıların kendilerine yöneltilen ithamlara karşı cevap vermeleri gerektiğine hükmetmeye başlamıştır. Bu ise M.J. Essaid'e göre zanlının "suçlu olduğuna dair gayrıresmi bir varsayım"a yola açmıştır. Bkz. M.J. Essaid, *La présomption d'innocence* (Rabat, 1971), n. 15.

Romalı-kanonik usulün bu kusurları, yargıcın katılımının daha geniş ve takdir yetkisinin daha fazla olduğu seküler mahkemelerde kilise mahkemelerinde olduğundan daha karakteristikti. Bu kusurlar yargılama usulünün sonraki gelişiminde, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki kullanımından daha ayırt ediciydi. Bu da muhtemelen yazılı delillere ve deliller değerlendirilirken şekli kurallara uyulmasına duyulan güvenin artmasına; ceza davalarında yeminden ziyade itirafa güvenilmesine ve bunun paradoksal olarak hukukun rasyonelliğine verilen önem artırmasına neden olmuştur.

Kanon Hukukunun Sistematik Niteliği

On birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında, kanon hukuku sistemi; on ikinci yüzyılın ortalarında söylendiği biçimiyle *jus canonicum*, on üçüncü yüzyılda söylendiği biçimiyle *corpus juris canonici* ortaya çıkmıştır (Gerçekte, birden olmasa da aşama aşama ve mevcut farklı unsurların yeniden inşası ve yapılandırılmasıyla bilinçli olarak yaratılmıştı). Kanon hukukunun korporasyon hukuku, ceza hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, sözleşmeler hukuku ve usul hukuku olarak ayrılması, kanon hukukuna kanon hukukçuların kendilerinin o dönemde sağlamaya çalıştıklarından çok daha tutarlı bir görünüm kazandırmıştır. Kanon hukukçuları, usul üzerine bilimsel eserler vermiş ama genellikle maddi hukukun alt sistemlerini analiz etmemişlerdir. Bu türden analizler yüzyıllar sonra rağbet görecekti, yine de analiz edilecek alt sistemler oradaydı.

Kanon hukukunun analitik entegrasyonu; yani sarih mantıki sistematizasyonu, hukuki kural ve usullerin altında temel hukuki ilkelerin yattığı ve riayet edilebilsinler diye bu ilkeleri tanımlamanın ve hukukun biçimlendirilmesinin hukukçuların görevi olduğu inancından kaynaklanmaktaydı. Hukukçular ilkelerle düşünür; ilkelerden sistemleri inşa ederdi, tıpkı teologların, hem "en yüksek" hem de "toplam" anlamlarına birden gelen *summae* adı verilen kitaplardan inşa ettikleri gibi.

Daha önemlisi, temeldeki ilkelerin sadece mantıki boyutu olmadığına, akla tabi olmadığına fakat aynı zamanda ahlaki bir boyutunun da olduğuna, vicdana bağlı olduğuna da inanılmıştır. Bununla birlikte, sadece hukukun tutarlılığının sağlanması için mantıki ve analitik sistematizasyon değil, aynı zamanda hakka-

niyetin sağlanması için ahlaki sistematizasyonu da gerekliydi. Üstelik hukukun temelinde bulunan ilkelerin bugün politik boyutu denilen bir boyutunun daha olduğuna inanılmıştır. Bu ilkeler bir yandan hâlihazırda hukuka içkindi bir yandan da hüküm verecek, değiştirecek gerekirse mevcut yasaları ilga edecek bir program ve standarttı. Uygulamada hayata geçirilmeleri gerekiyordu. Kanon hukukunun sistematizasyonunda aklın mantıki unsuruna ve vicdanın ahlaki unsuruna ek olarak reformun, gelişmenin ve büyümenin politik unsuru da vardı.

Temel hukuki ilkelerin mantıki, ahlaki ve politik boyutları, doğal hukuk kavramında özetlenmişti. Bu kavram, Yunanların ve Romalıların tasavvur ettiğinden önemli ölçüde farklıydı. Daha önceleri, doğal hukuk, (Iustinianus'un *Digesta*'sının ilk başlığında yer aldığı üzere) her erkeğin yükümlülüklerini de belirleyen hakları olarak tanımlanıyordu; doğal hukuk adalet, hakkaniyet ve doğru olandı, ideal bir hukuktu, devletin değil doğanın hukukuydu, devletin hukuku doğal hukuka uygun olabilirdi de olmayabilirdi de. Bu tanım daha sonraki Avrupalı Roma hukukçuları ile kanon hukukçularının program niteliğindeki karakterinden yoksundu. Kanon hukukçularına göre doğal hukuk öncelikle kilisenin seküler otoriteleri geride tuttuğu bir standarttı ve ikinci olarak bizzat kilisenin hukukunu yorumlayacak ve biçimlendirecek bir standarttı. Doğal hukuk, mevcut hukuk sistemlerinin dışında duran ideal hukuk değildi, daha ziyade mevcut hukuk sistemlerinin bünyesinde bulunan ahlakilikti. Bir tür anayasal ilke ya da *Grundgesetz,* bir "hukuka uygunluk şartı" idi. Hukukun programlı ya da politik karakteri nedeniyle, binlerce genç erkeğin her yıl, kendilerini politik bir kariyere hazırlamak için hukuk okumaya gittiği -bugün ABD'de hâlâ olduğu gibi- üniversitelerde hukukun doğal hukuk denilen kısmını simgeliyordu. Bu genç erkekler, Avrupa'nın en zeki en hırslı öğrencileri arasındaydı. Onlara pozitif hukuk ve pozitif hukuku uygulama teknikleri öğretiliyordu ancak onlara aynı zamanda doğal hukuk, olması gereken hukuk da öğretiliyordu. Şerhlerin politik bir işlevi vardı.

Burada kanon hukukunun politik boyutu ile kast edilen, onun bilinçli gelişme, büyüme ya da reform ilkesidir ve on birinci yüzyılda ve devamında papadan ve papanın toplantıya çağırdığı kilise konsüllerinden kaynaklanan yasamanın akışında somut olarak görünmektedir. Bu boyut ayrıca derlenen kanon,

şerh, kararname ve diğer eserler ile bilimsel çalışmaların sürekliliğinde de görünmektedir. Nihayet ve belki en önemlisi, hukuk mesleğinin sürekliliğinde görünmektedir; üniversitelerde hukuk öğrenen birbirini izleyen nesiller kiliselere ya da seküler kurumlara giderek öğrendiklerini uygulamıştır.

Mantıki, ahlaki ve siyasi unsurların birleşimi, hukuk kurallarının ne kadar karmaşık ya da tutarlı olursa olsun doktrinel ya da dogmatik analizinden hayli farklı olan bir sistematizasyona katkıda bulunmuştur. Bir sistem olarak kanon hukuku kurallardan fazlasıydı; bir süreçti, kuralları yeni durumlara uyduran diyalektik bir süreçti. Böyle olması, kanon hukukunun yetkisi üzerindeki zorla kabul ettirilen sınırlar ve birlikte var olduğu ve rekabet içinde olduğu seküler hukuk sistemleri nedeniyle kaçınılmazdı.

7 | *Becket II. Henry'ye Karşı: Eşzamanlı Yargı Yetkilerinin Rekabeti*

İngiltere'nin Norman fatihi, 1066 yılında -Papa VII. Gregorius'un *Buyruklarından* dokuz yıl önce- kısmen İngiliz kilisesini yerel ve feodal baskılardan kurtararak yeniden düzenlemek adına kilisenin otoritesini kralın ellerinde toplamaya soyundu. Fatih William bu çabasında, Papa II. Alexander'dan bir yetki almıştır ki, bu Cluny Reformu'nun ruhu olarak görülmüştür. 1067 yılındaki ünlü kararnamesinde William, Normandiya ve İngiltere'de (yerel lordlardan ziyade) kralın, papanın kilise tarafından tanınıp tanınmayacağını belirleme yetkisi olduğunu; kralın kilise sinodları aracılığıyla kanon hukukunu yapacağını ve kilisenin baronlara ve memurlarına verdiği cezaları veto etme yetkisinin bulunduğunu ileri sürmüştür.

Ne var ki, sekiz yıl sonra, Papa VII. Gregorius da imparatorların ya da kralların değil kendisinin, papanın kilisenin başı olduğunu; piskoposları görevden alma yetkisinin -gerçekte imparatorları ve kralları azletme yetkisinin de- tek başına papada olduğunu ve imparatorların ve kralların değil papanın kilise sinodları tarafından alınan kararların kanonik olup olmadığını belirleyeceğini söylüyordu.

William ve iki halefi (oğulları II. William, 1087-1100 ve I. Henry, 1100-1135), kendi yönetimlerindeki bölgelerde papalığın, kilise üzerindeki üstünlüğü iddialarına karşı başarıyla karşı koymuşlardır; gerçi I. Henry Bec Anlaşması'nda *(Concordat of Bec)* kimi esaslı tavizler de vermiştir. Stephen'ın hükümranlığında (1135-1154), papalık İngiltere'de saygınlık ve yetki bağlamında önemli kazanımlar elde etmiştir. Öte yandan İngiliz tarihçiler, sivil kargaşanın karakterize ettiği bu dönemi "Stephen'ın anarşi dönemi" olarak adlandırmaktadır.[1] Papa'ya sadık yeni manastırlar kurulmuş; bunlar, iç kargaşada zarar gören kurbanlara ferah-

[1] Bkz. Z.M. Brooke, *The English Church and the Papacy from the Conquest to the Reign of John* (Cambridge, 1952, chap. 12, "Stephen. The Freedom of the Church".

lama ve refah sağladıkları için özellikle halktan büyük destek görmüştür. Hukuk yargılamaları genellikle sürüncemede kaldığı için kilise sinodları toplanmaya devam etmiş ve hukuk, piskoposluk mahkemelerinde uygulanmıştır. Kanon hukuku hem ruhban hem de lâiklerden taraftarları cezbetmiştir. Gratianus'un 1140 tarihli bilimsel incelemesi, hemen çalışılmaya başlamış ve eğitimli İngilizler arasında tartışılmıştır. Çalışma, neredeyse tümüyle yazılı olmayan seküler hukukta yer alan işkence ile sorgulama usulleri, düello ve tanık yeminiyle aklanma (*compurgation*) hakkındaki entelektüel hâkimiyeti ile eğitimli İngilizleri etkilemiş olmalıdır.[2] O kargaşa döneminde Roma Kilisesi, düzen ve adaletin ana payandasıydı ve nihayet 1154 yılında barış tesis edildiğinde ve yeni bir hanedan tacı giydiğinde, bu kısmen papalığın üstünlüğünü savunanların politik mücadelesinin aracılığıyla gerçekleşmişti.

Yine de yeni kral II. Henry (1154-1189), yeniden krallığın kiliseye üstün olduğunu ileri sürdü. 1162 yılında, yakın arkadaşı ve danışmanı (bu makam krala en yakın olan en üstün mevkiiydi) olan Thomas Becket'ı Canterbury Başpiskoposu olarak atadı. Henry, Becket'ın başpiskoposken danışmanlığa da devam etmesini ve böylece papalığın iddialarına karşı koyma politikasını daha etkin yürütmeyi umuyordu. Ne var ki, Becket danışmanlıktan istifa etti ve kilisenin krallığın denetiminden kurtulmasının ateşli savunucularından birisi oldu. Henry, 1164'te kralın kilise üzerindeki yetkilerini geri veren Clarendon Yasaları'nı yayınladığında, Thomas bunun gasp olduğunu ileri sürerek bu yasaların geçersiz olduğunu ilan etti. İki adam arasındaki, Avrupa'nın pek çok bölgesinden önde gelen dinî ve seküler figürün de karıştığı sert politik mücadele altı yıl sürdü. Nihayet 1170 yılında, Henry'nin "Hiçkimse beni bu baş belası papazdan kurtarmayacak mı?" sözleri üzerine kralın dört adamı, Başpiskoposu, Canterbury'deki kendi katedralinde öldürdü. Bu olay İngiltere'yi ve aslında bütün Hıristiyan âlemini öyle sarstı ki, Henry, Canterbury'ye yalınayak yürüyerek kefaret ödedi (Gerçi Henry sadece şehrin eteklerinde yürümüştü). Ancak daha önemlisi, 1172 yılında Henry, Avranches tepelerinde papalık elçisine boyun eğdi ve Katedral'in önünde Clarendon Yasaları'nın "saldırgan" sayılan o hükümlerinden vazgeçtiğini duyurdu.

---

[2] Ibid., ss. 188-190.

Clarendon Yasaları

1164'te Clarendon'da yayımlanan bu yasalar -fermanlar ya da kararnameler- II. Henry'nin büyükbabası (I. Henry) döneminde, önde gelen ruhban ve soylular tarafından da tanınan "teamül, gelenek, muafiyet ve imtiyaz"lara ilişkin on altı düzenlemenin tescilini ifade etmektedir. Bunlardan ilkine göre, (1. md.), kilise makamlarına atamaya ilişkin -*advowson*- bütün ihtilaflar, ihtilaf ister lâiklerle ruhban arasında, ister ruhbanlar arası olsun, kralın mahkemelerinde görülecektir. I. Henry'ye atfedilen bu teamül dikkat çekicidir çünkü Stephen'in hükümranlığında böylesi ihtilaflar çoğunlukla kilisenin mahkemelerinde görülmüştür. Bir başka hüküm, (9. md.) bir arazinin kiliseye ait olup olmadığına (*frankalmoign,* "dinî kuruluşlar"*)* ilişkin meselelerde, kraliyet mahkemelerinin (ve jüri ile yargılamanın) yargı yetkisinin üstün olduğunu belirtmektedir. Yine aynı teamüle göre, atalardan kalan uygulama daha yeni olandan iyidir zira Stephen'ın hükümranlığında, kilisenin malvarlığına ilişkin meselelerde, kilise kendi yetkisinin üstünlüğünü ilan etmekteydi. Diğer hükümlere gelince, 4. md.; başpiskoposların, piskoposların ve diğer din adamlarının krallığı, kraldan izin almadan terk etmesini yasaklıyordu. 8. md.; başpiskoposluğunun mahkemesinden kralın mahkemesine temyize gidilmesine olanak tanıyordu. 6. md.; lâiklerin kilise mahkemelerindeki ithamlarına usuli güvence sağlıyordu. 7. md.; topraklarını doğrudan kraldan kiralayan lordların, kralın hane halkından birisinin ya da kralın memurunun, kralın izni alınmadan aforoz edilmesini yasaklıyordu. 12. md., Bec'te 1107'de varılan anlaşmayı pekiştirmiştir; buna göre piskoposların ve tımarlı (arpalık) diğer ruhbanların seçimi "kraliyetin ruhbanlarının onayıyla kralın şapelinde yapılır… Ve seçilen kâtipler, kutsanmadan evvel… krala biat ve sadakat yemini etmezler". 15. md., vadesi geçen borçlara ilişkin def'ilerde kralın mahkemeleri yetkilidir. 16. md., köylülerin, bir lordun topraklarında doğan oğullarının, oraya lordun rızası olmadan papaz olarak atanmasını yasaklamıştır.

Bu dokuz maddenin (1,4,6,7,8,9,12,15,16) atamaya ilişkin olan 12. md. hariç tamamı, yürürlükteki kanon hukukunu ihlal ediyordu.[3]

---

[3] Bkz. Beryl Smalley, *The Becket Conflict and the Schools* (Oxford, 1973), s. 122; Charles Dugan, "The Becket Dispute and the Criminious Clerks", *Bulletin of the Institute*

Yasanın 3. maddesi nihayetinde en kötü bilineni haline geldi. Maddeye göre, cinayet, kundakçılık, soygun, tecavüz, müessir fiil ve benzeri ağır bir suçla itham edilen herhangi bir din görevlisinin kralın mahkemesinden kilise mahkemesine gönderilmesi gerekiyordu. Eğer zanlı kilise mahkemesinde mahkûm olursa, cezasının infazı için yeniden kralın mahkemesine gönderilirdi. Bunun anlamı, uygulamada, idam edilmesi ya da sakatlanmasıydı; gözleri çıkarılır yahut elleri veya kolları kesilirdi. Krallığın bir görevlisi, kilise mahkemesindeki yargılamayı "davanın nasıl görüldüğünü görmek için" izlemek zorundaydı.

İngiliz hukuku tarihçileri, Henry ile Becket arasındaki dev çatışmayı büyük ölçüde 3. maddedeki mahsus konumları bakımından tahlil etmişlerdir. Ne var ki, esasında yasanın diğer hükümleri daha önemliydi. Mesela 8. madde, İngiltere kanon hukukunda papadan ziyade kralı söz sahibi yapmıştır.

Tarihçiler, ayrıca bu çatışmanın psikolojik boyutunu da fazlaca önemsemişlerdir. Genellikle ana kahramanlarından herhangi birisi daha az inatçı olsaydı, hikâyenin sonunun bu kadar trajik olmayabileceği söylenmektedir. Aslında her ikisi de aşırı taleplerinde ısrarcı olmakla harcanmış anlaşma teklifleri arasında kalmıştır. Bir yorumcu, Henry'nin bir aşamada Clarendon Yasaları'nı "fırlatıp atmaya" ve "Becket'ın mücadelesini verdiği her şeyi kabul etmeye"[4] hazır göründüğünü söylemektedir. Eğer durum böyleyse, o halde anlaşmazlığın çözümlenememesinin tek sorumlusu sadece ve sadece Becket'ın kişiliğidir. Dahası bu Becket'ın şehit olmasının (T. S. Elliot'ın *Murder in the Cathedral* oyunundaki katillerden birisinin söylediği gibi) sahiden de kendi hatası olduğu, bir çeşit intihar olduğu anlamına gelmektedir. Çağdaş tarihçilerden birisi, Backet'ın "şehit olmaya kararlı eski kafalı bir Gregoryen" olduğunu söylemiştir.[5] Yine de Henry'nin bir

---

of Historical Reserch, 35, n. 91 (May 1962), 1-28; James W. Alexander, "The Becket Controversy in Recent Historiography", in *The Journal of BritishStudies* (Hartford, Conn.), 9 no. 2 (May 1970), 1-26. Alexander, H.G. Richardson ve G.O. Sayles'ın aldığı Becket karşıtı tutumu *The Governance of Medieval England* (Edinburgh, 1963) adlı eserinde ikna edici biçimde reddetmektedir.

[4] George Greenaway, ed. and trans., *The Life and Death of Thomas Becket Chancellor of England and Archbishop of Canterbury Based on the Account William Fitzstephen His Clerk with Additions from Other Contemporary Sources* (London, 1961), s. 22 (Greenaway'in tutumu ateşli biçimde Henry yanlısıdır).

[5] Sidney A. Packard, *Twelfth Century Europe: An Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973), s. 286.

belge olarak Clarendon Yasaları'ndan vazgeçmeye gönüllü olduğu varsayılsa bile, onun kendi topraklarında kiliseyi denetim altına alma arzusundan vazgeçip vazgeçmeyeceği sorusu hâlâ ortadadır. Aslında Henry, Becket'ın ölümüne sanki ölümü başpiskoposun kendi kusuruymuş gibi tepki vermemiştir. Elbette Henry'nin tepkisi en azından kısmen suikastten kaynaklanan son derece şiddetli bir tepki olarak açıklanabilir. Yine de tam da bu şiddetli tepki, Becket'ın ölümünün politik ve tarihi yansımaları gibi, çatışmanın sadece psikolojik açıdan yorumlanmasının yetersiz olduğunu göstermektedir. Bu iki adam sadece kendilerini değil, Batı tarihindeki çatışan iki büyük gücü, kiliseyi ve seküler iktidarı temsil etmektedir.

Bu nedenle kimin haklı olduğu sorusu -zira Batılı hukuk geleneğini anlamak için önemlidir- bâkidir. Neredeyse bir yüzyıl evvel Maitland, Henry'nin haklı olduğunu çünkü ileri sürdüğü teamüllerin esasında büyükbabası I. Henry'nin uyguladığı teamüller olduğunu iddia etmiştir. Maitland, Becket'ın argümanlarından birisini almıştır: "İsa, 'ben teamülüm' demiyor 'ben hakikatim' diyor" ve bunun Henry'nin hukuka uygun davrandığının zımni kabulü olduğunu söylemektedir. Ne var ki, bu argüman, Tertullian (155-220) tarafından ileri sürülmüş ve Papa VII. Gregorius da bir yüz yıl önce İmparator IV. Henry'ye cevaben kullanmıştır. Gratianus da aynı argümanı bir nesil evvel, makul olmayan teamülleri alt üst etmek amacıyla yinelemiştir. Becket'ın argümanı, gerçekte kilise bünyesindeki tarihsel bir örneğe ve kilise hukukunun otoritesine atıfta bulunmaktadır. Ancak (seküler) teamülün (kilisenin) hakikat(in)den daha üstün hukuki güç olduğu varsayılsa bile Maitland'ın görüşü, I. Henry'nin teamüllerinin Stephen'ın sözde anarşi döneminde değiştirilmiş olması olasılığını göz ardı etmektedir. Bu noktada Maitland sadece şunu söylemektedir: "Stephen'ın hükümranlığı hukuki gerekçelerle ihmal edilecektir... zira o dönem savaşın ve hukuksuzluğun dönemidir. Altmış yıl sonra dahi bu öğreti hâlâ geçerlidir; bir davacı Stephen döneminde olanlara bel bağlayamaz çünkü onun dönemi barış dönemi değildir".[6]

Bir devrimi, salt bir kesinti (fetret devri) olarak ele almak İngiliz hukuk tarihçilerinin ana özelliğidir; Cromwell dönemindeki

---

[6] Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law*, 2nd ed. (1898; yeniden basım ed. Cambridge, 1968), I, 449.

Püriten Devrimi için de aynı tutumu takınmışlardır. Ancak eğer Stephen dönemi Papalık Devrimi'nin nihayet İngiltere'ye ulaştığı dönemse, II. Henry'nin büyükbabasının teamüllerine dönüş iddiası da karşıdevrimci olarak değerlendirilemez mi? Bu açıdan bakıldığında, Becket çoktan kazanılmış bir dava uğruna savaşıyordu. Krallığın kilise üzerindeki hakimiyeti meselesinde Henry, bir yandan en azından bir nesil geç kalmıştı; öte yandan üç buçuk yüzyıl erken gelmişti.[7]

İki güç arasındaki hassas dengede, kimin kime üstün olduğu basit bir soru olmadığı için daima bir mesele olarak kalmıştır ve Becket'ın şahadetinin benzersiz koşulları bir fark yaratmıştır.

Ruhban Sınıfının Dokunulmazlığı ve Aynı Suçtan İkinci Defa Yargılanma

Becket, Clarendon Yasaları'nın 3. maddesinin aynı suçtan ikinci kez yargılanmayı önleyen ilkenin ihlali olacağı yönündeki değerlendirmesinde haklı mıydı? "Tanrı aynı suçu iki defa cezalandırmaz" (*ne bis in idem*). Becket bu sözleri yanlış tercüme edilmiş bir Kutsal Kitap metninden almıştır (Nahum 1:9) ve kanon hukukçuları, on ikinci yüzyılda bu sözlere bazen kilise mahkemelerinde çifte yargılamanın önüne geçmek için bir emir olarak başvurmuştur.[8] Becket bu ifadeyi ilk kez, ruhban sınıfının (belirli suçlarda) sadece kilise mahkemelerinde yargılanmaları gerektiğini meşrulaştırmak için kullanmış görünmektedir.[9] Yine

---

[7] Burada alınan tavır, 3. dipnotta bahsedilenler de dâhil olmak üzere pek çok yazar tarafından desteklenmektedir. Ancak 4. ve 5. dipnotlarda bahsedilenler de dâhil olmak üzere İngiliz politikacıları ve hukuk tarihçileri arasında pek rağbet görmemiştir. II. Henry'nin iyi bilinen bir biyografisi, Becket'le Henry arasındaki çatışmanın suçunu doğrudan Becket'ın inatçılığının üzerine atarak, Henry'nin taleplerini hafife alır ve bunun sonucunda Henry'nin Becket'ın şahadetinden sonra verdiği tavizleri de hafife alır. Bkz. W.L. Warren, *Henry II* (Berkeley and Los Angeles, 1973) ss. 462-464, 477-482, 538-548. Henry yanlısı tutuma katılmamak, Becket ile uzlaşma zemininin olmadığını söylemek anlamına gelmez. Hem Becket hem de Henry kendilerini çıkaramayacakları denli uç durumlara sokmuşlardır. Becket'ın, Warren'ın dediği gibi geç kalmış bir Gregoryen olduğunu, çağına ayak uyduramadığını ve başarısızlığa mahkûm olduğunu ileri sürmek, Papa VII. Gregorius'un devriminin on ikinci yüzyıl boyunca ayakta kaldığını ihmal etmek demektir. Sadece Becket değil aynı zamanda Papa III. Alexander da II. Henry'yi "İsa Mesih'e ait yetkileri gasp etmekle" ve "kilise ile devleti birbirine karıştırmakla" itham ederek Clarendon Yasaları'nın geçersiz olduğunu şiddetle savunmuşlardır. Aktaran ibid., ss. 524, 527.

[8] Nahum 1:9 "İkinci kez kimse karşı koyamayacak" -ç.n.

[9] Bkz. Smalley, *Becket Conflict*, ss. 124-125.

de seküler yargıdan tümüyle bir muafiyet asla talep edilmemiştir. Öte yandan hem Bizans'ta hem de Frank imparatorluklarında -daha alt düzeydekiler değilse de- piskoposlar, genellikle ruhbanlar tarafından yargılanıp cezalandırılıyordu.[10] Ne var ki, bu daha eski dönemlerde, kilise mahkemeleri ile seküler mahkemeler arasında keskin bir ayırım bulunmamaktaydı; ruhbanlar her ikisinde de bulunurdu. Her halükârda, başka yerlerde olduğu gibi İngiltere'de de on ikinci yüzyıldan evvel kilise yargılamalarında kınanan, azledilen ya da başkaca cezaya çarptırılan ruhbanların aynı suçtan yargılanmak ve ceza almak üzere yerel veya feodal mahkemelere ya da krallık mahkemelerine gönderilmesi hayli yaygındı. Ruhban sınıfının imtiyazının hayati bir mesele haline gelmesi ise ancak on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın sonlarında yeni sistemin kuruluşundan; kilisenin yargı yetkisinin kurumlaşmasından sonradır.

Maitland, Becket'ın konumuna karşı çıkan argümanları coşkuyla belirtmiştir. Becket'ın, devletin; suç işlemiş ve bu nedenle hâlihazırda rütbesi alınmış ya da azledilmiş din adamlarını aynı suçtan cezalandırmaması gerektiğini savunan öğretisi "ne devlet tarafından hoş karşılanmış ne de kilise tarafından kutsanmıştır". Kanon hukukçuları Becket'ın önerdiği kuralı desteklememiş ve Avrupa'nın başka hiçbir yerinde yasa haline gelmemiştir. Eğer Becket'ın önerisi kabul görmüş olsaydı, Maitland'ın işaret ettiği üzere "azledilmiş ya da rütbesi indirilmiş hiçbir kilise memuru, papalık müh月rüyle bir sapkın ya da düzenbaz olarak [cezasının çektirilmesi için] bir daha lâik otoritelere teslim edilmeyecekti". Dahası Maitland, Becket'ın mücadele ettiği dönemde kilise mahkemelerindeki ceza yargılamalarının "çoktandır maskaralıktan hallice" olduğunu iddia etmektedir. O dönemde ağır suçlara ilişkin davalarda usul, tanık yeminiyle aklanma (*compurgation*) idi. "Piskopos Salisbury'li Jocelin" der Maitland, "karmaşık Becket cinayeti davasından dört ya da beş tanığın (yemin-yardımcısının) yemini ile aklanmıştır. Başpiskopos olarak oturan Hubert Walter, kanon hukukunun emrettiği on iki yeminli tanıktan daha fazlasını yasaklamıştı". Daha da önemlisi, zanlı aklanmasa ve cezalandırılsa bile kilise mahkemelerinin verdiği cezalar görece yumuşaktı. Piskopos "(zanlı) din adamının papazlık rütbesini indirebilirdi ve ek ceza olarak bir manastıra sürgüne gönderebilir ya da ömür boyu hapiste tutabilirdi. Kırbaç cezası verilebilirdi... Bu

[10] Bkz. David Knowles, *Thomas Becket* (London, 1970), ss. 18-84.

o zamanlar suçlu din adamlarına verilen cezaydı; bundan korkardık ancak çok azı cezasını çekerdi". Ruhban sınıfının imtiyazı, "haksız ve tahripkâr bir muafiyetti".[11]

George Greenaway, W.L. Warren ve diğerlerinin de benimsediği Maitland'in argümanı, çok daha fazlasını ispatlamaktadır. Kilise mahkemelerindeki yargılama, seküler mahkemelerdeki işkence ya da düellodan daha mı gülünçtü? Kraliyet mahkemelerinin ilk kez işlenen bir suça verdiği cezalar -asılma ya da sakatlanma- bir manastıra kapatılmaktan yahut hapis cezasından daha mı uygundu? Daha da önemlisi Maitland kilise mahkemelerinin verdiği cezaların en ustaca yanını göz ardı etmektedir. Piskopos -aforozun acısının üzerine- cezanın, kurbanın ya da ailesinin masraflarının tazmin edilerek, hayır işlerinde bulunarak ya da sevap işleyerek çekilmiş sayılacağına karar verebilirdi. Üstelik aforoz cezasının kendisi çok ağır olabilirdi zira en ağır biçimi, kilisedeki haklarından mahrum bırakılarak toplumdışına sürgün edilmeydi.

Greenway, Clareondan Yasaları'nın ikinci kez yargılanma yasağını ihlal etmediğini çünkü Henry'nin ikinci bir yargılama değil sadece cezanın infazını önerdiğini savunmaktadır.[12] Bu nokta önemlidir ancak bütün soruların yanıtı değildir. İkinci kez yargılanmayı dehşet verici kılan nedir? Bu sadece iki kere yargılanma meselesi midir yoksa aynı zamanda iki yargı makamı tarafından suçlu bulunabilecek olma meselesi midir? Daha da önemlisi, ikinci mahkeme esasında bir tür yargılama olmadan ya da en azından suçun niteliğini belirlemeden ceza verebilir mi? Zira kralın mahkemelerinde cezası ölüm olan soygun suçu, kilise mahkemelerinde suçun ihtiyaç nedeniyle işlenmesi ve zanlının gönüllü olarak teslim olarak çaldıklarını iade etmesi halinde daha hafif bir suç olarak değerlendirilebilir.

Çağdaş hukuk sistemleri, güveni kötüye kullanan birisinin, işvereni tarafından işinden atılsa bile bu resmî bir yaptırım olarak değil devlet bünyesindeki özel bir örgütlenmenin işlemi olarak görüldüğü için, ayrıca resmî olarak kovuşturulmasına izin vermekte beis görmemektedir. Acaba Becket meselesinde olan da bu mudur? Kilise mi devlet bünyesinde idi, yoksa devlet mi kilise bünyesinde?[13]

---

[11] Pollock and Maitland, I, 454, 455, 443, 447.

[12] Greenaway, *Life and Death of Thomas Becket*, s. 19.

[13] Ruhban sınıfının dokunulmazlığına ilişkin özgün İngiliz öğretisini Becket'ın şahadetine borçluyuz. En azından öğretinin sonraki gelişimi merak uyandırıcıdır.

İngiltere'de Kilise'nin Yargı Yetkisi

Becket ile Henry arasındaki çatışma, özünde kilisenin yargı yetkisinin kapsamı üzerineydi; nitekim bu, Batı Avrupa'da, seküler ve dinî olmak üzere çatışan iki politik-hukuki otorite inşa eden Papalık Devrimi'nin paradigmasıydı. Bu düalizmin sonuçlarından birisi, seküler alanda kralların politik-hukuki otoritesini artırmasıydı. Diğer bir sonucu ise, kraliyet ve papalık arasında yargı yetkisi gerilimi yaratmasıydı. Bu gerilim farklı krallıklarda

---

Kilise memuru olabilmenin o dönemdeki tek ölçütü okuyabilmekti ve zaman ilerledikçe çok daha fazla insan ayrıcalık kazanıyordu. Kötüye kullanımı önlemek için, imtiyazın, ruhban statüsünün suçu işlemesinden önce mi sonra mı kazanıldığına bakılmaksızın sadece bir kere kullanılabileceği kuralı getirildi. Bu kuralın uygulanmasını daha kolaylaştırmak için 1490 yılında, hüküm giyen bir ruhbanın başparmağının damgalanmasına karar verilmiştir (Bu uygulamaya kaynak metinde "başparmak kuralı" denmektedir).
"Reform Hareketi" diye yazar Plucknett "ilk bakışta böylesi belalı bir Roma yadigârını lağvetmek için uygun bir an gibi görünebilir ancak esasında siyaset çalkalanmıştır". 1547 yılında, ruhban sınıfının imtiyazı iki-eşli olanları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir, zira bir kilise memuru zaten düşük rütbeli olduğu için onların evlenmelerine izin veriliyordu. Kilise'deki statüsünü ikinci kez evlenme ya da bir dulla evlenme günahını işlediği için kaybediyordu ve kilisedeki imtiyazlarını yitiriyordu -aynı zamanda krallıktaki unvanlarını da kaybediyordu. (Asilzadeler damgalanmaktan da muaftı.) On yedinci yüzyılda bu imtiyaz kadınları da kapsamaya başlamıştır. "1707'de okuma testinin kaldırılmasıyla bütün dünya kabul edilmiştir ya da 'boynu kurtulmuştur'".
"Doğruyu söylemek gerekirse" der Plucknett "bütün bunlar ruhban sınıfının imtiyazının niteliğinin kökten değiştiği anlamına gelmektedir. 1576 yılında hüküm giyen kilise memurlarının yetkili makama teslim edilmeyeceğine ancak hemen azledileceğine karar verilmiştir. Böylece imtiyazla kilise ya da ruhban sınıfı arasındaki son bağ da koparılmıştır. Ancak azledilmeden önce aynı suç nedeniyle bir yıl hapis cezasının verilip verilmeyeceği mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Reform Hareketinden önce dahi, parlamento tali ihanetlerin artık ruhban sınıfının imtiyazına olmaktan çıkaracak bir yasa yapmaya cüret etmiştir...Reform Hareketi'nden sonra, uzun bir suç listesi cinayet, korsanlık, eşkıyalık, tecavüz, soygun ve diğer suçlar imtiyazın dışında bırakılmıştır. Bunun sonucu önemliydi. Ağır suçlarla hafif suçlar (kabahatler) arasındaki boşluk o kadar genişti ki, Parlamento ruhban sınıfının imtiyazını kullanarak, kimi suçları ilk kez işlendiğinde diğerlerini ikinci kez işlendiğinde ölüm cezasını gerektiren ağır suç haline getirebiliyordu. Böylece suçların kabaca, Orta Çağ'ın iki kategorisinden fazla kategoriye ayrılarak sınıflandırılması mümkün olmuştur. Bu süreç 1576'daki Yasanın politikasının geliştirilmesiyle ve hırsızlık suçunu işleyenlerin yedi yıl sürgün cezasına çarptırılmasıyla birlikte daha ileri taşınmıştır. Böylece ruhban sınıfının bekası ceza hukukunun sertliğini büyük ölçüde yumuşatmış ve cezanın kademeli cezalandırma politikasının gelişmesine olanak sağlamıştır". İngiltere'de ruhban sınıfının imtiyazı, nihayet 1827 yılında kaldırılmıştır. Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed. (Boston, 1956), ss. 439-441.

farklı yollarla çözüldü. İngiltere'de ise çözüm, büyük ölçüde Becket'ın şahadetinin koşullarından etkilendi.

On ikinci yüzyılda İngiltere'de, genel olarak Avrupa'da olduğu gibi, kilise mahkemeleri şunlar üzerinde (her zaman başarılı olamasalar da) yargı yetkilerinin olduğunu iddia etti. (1) Ruhbanların dâhil olduğu bütün medeni yargılamalar ve ceza yargılamaları; kilisenin malvarlığını ilgilendiren bütün davalar (2) Evliliğe ilişkin bütün davalar (3) Ölüme bağlı bütün tasarruflar (4) Belirli ceza davaları; sapkınlık, küfür, büyücülük, tefecilik, hakaret, gayrı meşru cinsel ilişki, eşcinsellik, zina, dinî mekânlara zarar verme, bir ruhbana saldırı gibi (5) İyi niyet ilkesinin ihlal edildiği bütün sözleşmeler hukuku, eşya hukuku ve diğer medeni hukuk davaları (yalan tanıklık, bir yeminin tutulmaması). Kanon hukukunu ilgilendirdiği sürece, bu meselelerden birisine ilişkin herhangi bir dava, yetkili başpiskoposluk yahut piskoposluk mahkemesinde şikâyette bulunularak açılabilirdi. Kaybeden taraf da yetkili başpiskoposluk mahkemesine, oradan da Roma'daki papalık mahkemesine temyize gidebilirdi. Aslında on üçüncü yüzyılda Roma'da temyiz edilen davaların çoğu, diğer ülkelerden daha fazla İngiltere'den gelmişti. Papa da evrensel *özgün* bir yetkisini kullanırdı. Buna göre, davacı, papalık mahkemesinden, herhangi bir yerel davayı görecek papalık delegelerini belirten bir ilamı ısrarla isteyebilirdi (temin ederdi). Aslında bu dikkate değer parasal miktarların söz konusu olduğu davalarda olduğu gibi davanın taraflarının farklı başka başpiskoposluk bölgelerinde ikamet ettiği davalarda hayli yaygındı. Zira Batı'daki büyük devletlerin hiçbirisinde sadece bir kilise mahkemesi yoktu (örneğin York Başpiskoposluğu'nun bir kararı Canterbury Başpiskoposluğu'nun mahkemelerinde temyiz edilemezdi).

Aynı zamanda, seküler mahkemeler, kilise mahkemelerinin yargı yetkisi iddialarına -çoğunlukla başarılı biçimde- itiraz ediyordu. Maitland'in ifade ettiği gibi:

> Devlet, ne İngiltere'de ne de başka herhangi bir ülkede, pervasız yandaşlarının talep ettiği o uçsuz bucaksız toprağın tamamını kilise mahkemelerine teslim etmedi. Her yerde mücadele görüyoruz; sonra uzlaşma, ondan sonra yine mücadele, en sonunda on üçüncü yüzyıldan sonra devlet genellikle bütün çatışmalardan daha iyi olanı alarak çıktı. "Ruhani" işlerle "dünyevi" işler arasına sabit bir sınır çizmek umutsuz bir girişim. Eğer sö-

züm ona "ruhani mahkemeler" bu dünyanın zamanında herhangi bir yetki kullanacaksa, hep de böyle olacaktır. Verili herhangi bir zamanda ve ülkede seküler hukukun teritoryasını kilise hukukunun teritoryasından ayıran sınır öyle dağınık öyle gayrı ilmîydi ki, o zeminde kaybedilebilirdi ya da anlamsız payelerle kazanılabilirdi... Biz sadece şöyle ibarelerin onmaz muğlâklığını dikkate almak zorundayız "miras davaları", "evliliğe ilişkin davalar" ve bir meydan muharebesi yapmadan, zafer çığlığı ya da mağlubiyet feryadı olmadan küçücük bir ilhakı bir başka ilhakın nasıl da kolay takip edebileceğini idrak etmeliyiz. Bununla birlikte kilise yöneticileri, tasvip edebileceklerinden çok daha fazlasını sindirmek zorundaydı ya da her halükârda kilise adına tasvip edebileceklerinden çok daha fazlasını. Birincil ilkelerinden hiçbir fedakârlık yapmadan uzlaşabilirlerdi. Şüphesiz Aziz Thomas'ın davranışından sonra, uğruna ölmeye hazır olduklarını iddia ettikleri ilkeler vardı. Ancak karmaşık ve doymak bilmez bir yargı yetkisinin her bir zerresi için kanlarını dökmezler. Papalar, hiç de güçsüz olmayan papalar, onlara talimat vererek ve ibret olarak şimdilik uzlaşabileceğimiz dünyevi iktidarla ne zaman baş edeceğimizi öğrettiler".[14]

O halde burada, hayli rahatsız edici bir durum vardı; iki mahkeme de, biri kilisenin diğeri kraliyetin, aynı davalarda yetkili olduğunu iddia ediyordu. Bu çatışma nasıl çözümlenecekti? Bir yandan kral bir Hıristiyan'dı ve bu nedenle papaya tabiydi. Papa'nın ya da astı Canterbury Başpiskoposu'nun, Kutsal Kilise'nin yargıya ilişkin taleplerini kabul etmediği sürece cehenneme gidecek olan bir İngiliz kralını uyarmak zorunda kaldığı düşünebilir. Öte yandan çifte otorite; çifte kılıç kuramının, dinî ve seküler, ruhani ve dünyevi müellifi Kilise'nin kendisiydi. Yine de kilisenin kendi tanımlamalarına göre kilise mahkemelerinin kendi yetkilerine ilişkin talepleri sekülerdi. Maitland'in işaret ettiği üzere "evlilikle ilgili davalar" gibi ibareler sadece aile ilişkilerine dair mahrem ruhani sorunları değil fakat aynı zamanda çoğunlukla krallığın sorumluluğunda olan ekonomik ve politik düzene ilişkin sorunların da üstünü örtüyordu.

Üstelik kavram ve teori haricinde iktidara ilişkin sorunlar da vardı. Kendi ordusu olmayan kilise, itaat etmeyenleri yola getir-

---

[14] Frederick W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (London, 1898), ss. 56-57.

mek için seküler orduya bağımlıydı. Bunun yanında papalar ve piskoposlar, genellikle seküler otoritenin desteği olmadan makamlarına seçilemiyordu. Ancak kilise, silahlı olmasa da aforoz ve kısıtlama dâhil olmak üzere etkili ruhani yaptırımlar uygulayan kudretli bir orduya sahipti; ruhban sınıfı.

Aforoz dinî törenlere katılma hakkından mahrumiyet anlamına gelmektedir, buna son dua ve dinî törenle gömülme hakkı da dâhildi. Aşırı durumlarda aforoz kiliseden tümden dışlanmayı, lanetlenmeyi ve sürgünü de kapsardı. Kısıtlama, kamu hizmetlerinden ve dinî törenlerden tamamen ya da kısmen geçici olarak uzaklaştırılmaydı ve bir ya da birkaç insanı yahut bütün bir ahaliyi veya krallığı kapsayacak biçimde genişletilebilirdi. 1208'de Papa III. Innocent bütün İngiltere'ye kısıtlama cezası verdi ve Kral John'u azletmekle ve tacını Fransa kralı Philip Augustus'a vermekle tehdit ederek aforoz etti. John'un cezalandırılmasının sebebi papanın Canterbury Başpiskoposluğu'na gösterdiği adayı kabul etmemesiydi. "İngiltere kısıtlama nedeniyle ıstırap çekti". Kiliseler yıllarca kapalı kaldı. Kral John, dinî makamlara kendi adamlarını atayarak karşı saldırıda bulundu ancak nihayetinde boyun eğdi. Aslında İngiltere'yi papaya verdi ve vasallık yemini ederek ve Roma'ya yıllık vergi vermeyi kabul ederek *fief* olarak geri aldı. 1215'te Kral John, Magna Carta'nın daha ilk hükmünde şunu ilan etmiştir, *quod ecclesia Anglicana libera sit* –"İngiltere Kilisesi özgür olacak"-; bunun anlamı elbette kilisenin papalığa bağlı ancak kralların ve baronların denetiminden azade olacağıdır.

Vakıa, bundan sonra, özellikle iki taraf da çatışma çözümünde hukukun rolünün farkında olduğu ve dahası bizatihi çatışmanın kendisi yargı yetkisine ilişkin hukuki bir çatışma olduğu için, güçler arasındaki sert çatışma hem teorik hem de pratik silahlarla donanmış ve hukuki araçlarla çözüm şiddetle istenmiştir.

Ağır suçlarla itham edilen ruhban sınıfına yargı yetkisine gelince, mesele Becket'ın şahadetinden sonra çözümlenmiş görünmektedir; seküler yargı, yargılama bir yana cezalandırma yetkisinden bile dışlanmıştır. Bununla birlikte, kralın mahkemeleri kişinin ruhban statüsünü soruşturmaya ilişkin usuli bir araç geliştirmiştir. Zanlı, ancak burada hüküm giydikten sonra ruhban sınıfının imtiyazından yararlanabilir ve kilise mahkemesine sevk edilebilirdi. Üstelik görünen o ki, ruhban sınıfının ağır olmayan suçlara ve haksız fiillere dair seküler sorumluluğu Becket tara-

fından ortaya atılmamış; bu nedenle İngiltere'de her durumda böylesi meselelerde ruhban sınıfını seküler mahkemeler yargılamıştır. Fransa'da ise aksine ruhban sınıfı, küçük suçlarda da seküler kovuşturmadan muaftı ancak en ağır suçlarda, taammüden cinayet, yol kesme ve itiyadi suç ("ıslah olmazlar") ve vatana ihanet, prense ve memurlarının onuruna ya da kamu güvenliğine yönelik suçlar, izinsiz toplantı, putperestlik, ateizm ve yasaklanmış öğretilerle ilgili "kraliyet davalarından" muaf değillerdi. Bu nitelikteki kraliyet davaları, suç ister bir lâik ister bir ruhban tarafından işlenmiş olsun seküler yargının denetimindeydi.

Clarendon Yasaları'nda düzenlenen diğer meselelere gelince, II. Henry papalığın "saldırgan" bulduğu hükümlerden feragat etse de hangi hükümlerin bu kategoride olduğu belirlenmemiştir. Esasında on üçüncü yüzyılda, taç ile asa arasında iki yargı yetkisinin az ya da çok belirlenmiş sınırları içinde ciddi mücadeleler vuku buldu.

Sadece kilise ile ilgili meselelere gelince, II. Henry'nin Clarendon Yasaları'nda ileri sürdüğü yetki, on altıncı yüzyıldaki İngiliz Reformu'na dek bir daha ileri sürülemedi. VIII. Henry'den önce hiçbir kral, başpiskoposluk mahkemesinin kararlarına karşı temyiz makamı olamamıştır (md. 8). Ruhban sınıfı, her ne kadar kral onları genellikle engellese de krallığı, kralın izni olmadan terk etme haklarında ısrarcı olmuşlardır (md. 4). Kral, kendi memurlarının aforoz edilmeden önce bu hususta kendisine danışılması hakkını elinde tutmuştur (md. 7) ancak burada papanın eli daha güçlüydü; kralı aforoz edebilirdi.

Clarendon Yasaları'nda düzenlenmeyen aile hukukuna ve mirasa ilişkin meselelere gelince, İngiltere'deki kilise mahkemeleri, münhasır bir yetkiye sahip olmuştur. Ne var ki "gayrimenkuller" vasiyetle bırakılamazdı ve on üçüncü yüzyılda kralın mahkemeleri taşınmazlar üzerinde münhasır yetkilerini ileri sürmüştür.

Ruhban sınıfının kiliselere atanmasını ilgilendiren ihtilaflarda (1. md.) ve vadesi gelen borçlara dair iyi niyet def'ilerinde (15. md.) hem kilise hem de kraliyet mahkemeleri yetki iddiasında bulunmuştur. Her iki tür ihtilafta da kilise mahkemeleri hayli dikkate değer iradi bir yetki kullanmışlardır.

İngiltere ile Fransa'daki kilisenin ve seküler otoritelerin yargı yetkileri arasındaki sınırlar karşılaştırıldığında, Fransa'da kilisenin İngiltere'ye kıyasla daha az ayrıcalıklı olduğu görülmektedir.

(1) Aile hukuku davalarında, Fransa'daki seküler hukukçular, medeni evlilik sözleşmesi ile dinî evlilik törenlerini birbirinden ayırmışlardır; ilkine ilişkin ihtilaflar seküler mahkemelerde çözülürdü (Örneğin evlenme iradesinde sakatlığa ilişkin davalar vb.). (2) On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda, miras davalarında hem seküler mahkemeler hem kilise mahkemeleri yetkiliydi ancak on üçüncü yüzyıldan sonra seküler mahkemeler münhasıran yetkiliydi. (3) Ruhban sınıfının arpalıklarına gelince, Fransa'da on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda, zilyetlik ile mülkiyet arasında kraliyet mahkemelerinin belirlediği bir ayrım yapılmıştır. İngiltere'de ise kraliyet mahkemeleri, papazlığa atanma hakkını, gayrimenkul mülkiyetinin bir türü olarak ve kendi yetkilerinin kapsamında değerlendirmiştir. Ancak kilise zaman zaman bu görüşe başarılı bir biçimde itiraz etmiştir. (4) Fransa'da değil ama İngiltere'de, kiliselerin ve bahçelerinin bakım ve onarımı için alınan ondalık vergiler, kilise resim, harç ve vergileri, benzeri biçimde yüksek rütbeli papazlara ve manastırlara yapılan bağışlar ile buraların iratları sadece kilise mahkemelerinin denetimindeydi. Ancak bu, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda İngiltere'de Şansölye (*chancellor*) kendi yetkisini "bir başkasının kullanması" için yapılan devirleri de kapsayacak biçimde genişletene dek sürmüştür. (5) Salt ahde vefa ve yalan tanıklıkla ilgili meselelerde Fransa, İngiltere'yi gölgede bırakmıştır; seküler otorite bu hususta yetki iddiasında bulunmamıştır. (6) Son olarak, Fransa'daki seküler mahkemelerin "ideolojik suçlar" üzerindeki yargılama yetkisi, İngiltere'dekinden dikkate değer ölçüde geniştir.

Men Kararları [*Writs of Prohibition*]

İngiltere'deki kraliyet mahkemeleri ile kilise mahkemeleri arasındaki yetki mücadelesinin boyutları, hukuki bir araç olan men kararları [*writs of prohibiton*] ile açıklanabilir. Men kararı (*writ*) şansölyenin kralın adına yayınladığı ve belirli bir davada davalının, davada ortaya koyduğu bir hususta kilise mahkemesinin yetkisine dayanarak daha fazla inceleme yapmasını yasaklayan bir emirdir. Bu karar üzerine kilise mahkemesi ya davayı düşürürdü ya da kralın yargıçlarına danışırdı. Eğer kralın yargıçları, davanın kilise mahkemesinde görülmesinin uygun olduğuna karar verirlerse, kilise mahkemesine -bir belge (*writ of consultation*) ile- önceki yasak emriyle bağlı olmaksızın davaya devam etmesi için yetki verirlerdi. Eğer kilise mahkemesi, men kararına

ya da kralın yargıçlarından gelen aleyhte karara rağmen davayı görmekte ısrarcı olursa; kralın mahkemesi polis amirine, kilise mahkemesinin yargıçlarını, kralın ya da yargıçlarının huzuruna çıkarması için bir tevkif emri (*writ of attachment*) yazardı. Kilise mahkemesinin yargıçlarından "neden men kararına rağmen ... davaya devam ettiklerini savunmaları" istenirdi.

Kraliyetten gelen yasak, güçlü bir silah olabilirdi ve kilise mahkemelerine karşı nadiren kullanılmıştı. Zira çoğunlukla karmaşık ve hantaldı, başarıya ulaşması görece zor, bertaraf edilmesi görece kolaydı.

Kilise mahkemesinde inisiyatifi alacak olan davalı idi. Eğer her iki taraf da kilise mahkemesinin yetkisinde hemfikirse kraliyet mahkemesi müdahale etmezdi. Bu şüphesiz iki yargı sistemi arasındaki mücadelede kraliyet mahkemelerinin büyük ölçüde taviz vermesine karşılık geliyordu.[15] Anlamı şuydu; ruhbanlar arası neredeyse bütün ihtilaflar etkili biçimde seküler yargı yetkisinin dışına taşınabiliyordu. Aynı zamanda sözleşmeyle seküler yargıyı dışarıda bırakan lâiklerin, her ne kadar kraliyet mahkemeleri, böylesi sözleşme koşullarını dikkatlice denetlese de men kararı almalarının önlenmesi anlamına geliyordu.[16] Men kararının verilebilmesi için davalı, itirazında kendisine, kilise mahkemesinin ve şu şu kilise yargıçlarının huzurunda davalı olarak bulunmak üzere dava açan kişinin (adını verir), açtığı davada seküler mahkemenin yetkili olduğunu belirtmek zorundadır. Başlıca dava konuları şunlardı; kilise arazisi, bahçesi ve mezarlıklar ("lâiklerin ödemesi gereken harç" [*lay fee*]) dışında kalan gayrimenkullere ilişkin ihtilaflar, papazlığa atama hakkına ilişkin ihtilaflar, evlenme yahut miras yoluyla edinilenler ile kiliseye ait olan ondalık vergi, bağışlar ile bir ruhbanın el konulan malları hariç menkul mal ve borçlara ilişkin ihtilaflar, ruhban sınıfının ḥak ihlallerine ilişkin ihtilaflar ile kraliyet mahkemelerini ilgilendiren küçük düşürücü ve aşağılayıcı ifadelere ilişkin uyuşmazlıklar.

Kraliyet mahkemeleri, davalının kilise mahkemesinde görü-

---

[15] "Kralın imtiyazları teorisi, kralın her zaman kilise mahkemelerinin kraliyetin yetkisinde olan itirazları dinlemesini yasaklama hakkı olduğu savunurken, davacılar da hukuki bir araç olarak men kararını her zaman talep etmiştir". G.B. Flahiff, "The Writ of Prohibition to Court Christian in the Thirteenth Century", part II, *Medieval Studies*, 7 (1945), 232.

[16] Ibid., s. 257

len bir davada ileri sürdüğü itirazın görünürde yeterli olması şartıyla genelde men kararını verirdi. Ancak daha sonra dava konusunun, men kararında belirtilenin dışında bir niteliğinin olduğu ortaya çıkarsa yasak kararı uygulanmazdı ve davalı, yanlış beyanda bulunduğu için para cezasına çarptırılırdı.

Davalı, yasak kararını hem kilise mahkemesine hem de davacıya sunmak zorundaydı. Onlar da daha sonra neden kilise mahkemesinin yetkili olduğunu savunmak üzere kraliyet mahkemesinin huzuruna çıkarlardı. Kararın amacı, G.B. Flahiff'in işaret ettiği üzere "kralın iki iddiasını halka duyurmaktı. Bunlardan ilki, kralın kendisinin ve mahkemelerinin çeşitli yasak kararlarında belirtilen meseleler üzerinde; lâiklerin ödemesi gereken harç, papazlığa atama, taşınırlar vb.- yetkili olduğudur. İkincisi ise, şüpheli davalarda hangi mahkemenin yetkili olacağını belirleme hakkı sadece kraliyet otoritesindedir.[17] Bir mahkemenin yetkisiyle ilgili mesele, kendi yetki alanını belirlemesiydi.

Nitekim kilise mahkemeleri de benzeri bir yetki iddiasında bulunmuştur. 1147 yılında Papa III. Eugene "piskoposların, başrahiplerin, başpiskoposların ve diğer yüksek rütbeli papazların kilisenin işlemlerini lâiklerin yargısına teslim etmemelerini; lâiklerin yasağı nedeniyle kilise mahkemelerinin davalarını yönetmeyi bırakmamalarını" emretmiştir.[18] İngiliz kilise konsülleri daha ileri gitmiş ve kralın kilise mahkemelerinin, yasağa rağmen görevlerini yerine getiren yargıçlarına gölge etme hakkının olmadığını belirterek benzeri kararları yayınlamışlardır.

Kilise mahkemeleri, yasaklara direnecek pratik kaynaklardan yoksun değildi. İlki, kanon hukukudur. Kanon hukuku, dönemin İngiliz kraliyet hukukunun aksine, mahkemenin, kişisel davalarda bile davayı, davalının yokluğunda sürdürmesine ve tanıkları dinlemesine izin veriyordu. İkincisi, mahkemeye gelmeyen davalı, üçüncü celpten sonra aforoz edilirdi. Üçüncüsü ise "Ruhani otoriteler daha ileri gidebilirdi. Sadece aforozla ve cezayı tefhim etmekle yetinmeyerek, davalıya yeni bir dava açabilir ve ondan bir kilise mahkemesinin haksız bir yasağa maruz kalmasına neden olduğu için savunma yapmasını isteyebilir.[19] Elbette bu yeni dava da davalı bu hususta ısrarcıysa yasak kararına tabiydi.

Men kararı alınması nedeniyle davalının aforoz edilmesi be-

---

[17] Ibid., s. 237.

[18] Ibid., s. 241, n. 71.

[19] Ibid., ss. 243-244

raberinde seküler iktidarın aforoz kararının uygulanması için iş birliği yapıp yapmayacağı sorusunu getirmiştir. Aforoz davalarında normalde eğer aforoz edilen kırk gün içinde günahlarının bağışlanmasını dilemezse piskopos kralı bilgilendirirdi. Bunun üzerine kral da polis amirine emir vererek günahkârı tutuklamasını ve af dilemeye razı olana dek gözaltında tutmasını emredebilirdi. Aforoz edilenler kraliyet mahkemelerinde dava açamazlardı. Flahiff, kilise mahkemesi yargıçlarının, men kararı istendiği için verilen aforoz cezalarının uygulanmasında seküler otoritelerin dâhil olmasını önlemek için başvurdukları bahanelere ilişkin eğlenceli örnekler vermektedir.[20] Ancak genelde kraliyet otoriteleri, kendilerinin hukuka uygun yargı yetkilerini hedef alan aforoz cezalarına saygı göstermezdi.

İngiltere'de kilise ile krallık arasındaki men kararı mücadelesi, 1286 yılındaki bir kraliyet yasası yahut emri, *Circumspecte Agatis*, ile bir aşamaya dek çözülmüştür. Daha önce başarısız bir biçimde kilise mahkemelerinin lâiklerin aile ve miras hukukundan kaynaklanan malvarlıklarına ilişkin yetkisini sınırlamaya çalışan kral; nihayet bu mahkemelerin şu hususlardaki yetkisini kabul etmek zorunda kalmıştır. Bunlar; gayrı meşru cinsel ilişki, zina ve diğer ölümcül günahlarda para cezası vermek; kilise cemaatini kiliselerinin ve mezarlıklarının korunmasına katkıda bulunmaya icbar etmek; kilise papazının, cemaatin ödemediği alışılagelmiş kilise vergilerine (ondalık, cenaze masrafları, adak) ilişkin davaları görmek; bir kilise papazının diğerine açtığı ondalık vergi davalarını görmek (ancak dava konusu miktarın kilisenin değerinin dörtte birini geçmemesi gerekmektedir, aksi halde papazlığa atama yetkisi sorun olacaktır); ruhbanlara yönelik şiddet, hakaret ve iyi niyet kuralının ihlali nedeniyle günahın cezalandırılması şartıyla tazminata mahkûm etmek. Daha önemlisi, hakaret ya da ruhban sınıfına yönelik şiddet davalarında, kilise mahkemeleri tarafından bedensel cezaya çarptırılan kişi, cezasının para cezasına çevrilmesini isterse, mahkeme bu talebi herhangi bir kraliyet yasağına maruz kalmadan kabul edebilirdi.

Fransa'da men kararının yerini *appel comme d'abus* almıştır. Bu, sadece mağdurların değil fakat ister lâik ister ruhban olsun herhangi birinin; kilisenin yargı yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek için doğrudan seküler mahkemelere, daha sonraki za-

---

[20] Ibid., ss. 244-245.

manlarda da krala başvurabilmesine olanak tanımıştır. *Appel comme d'abus*, kilisenin yargı yetkisinin sınırlandırılması, İngiltere'deki uygulamadan daha etkili görünmektedir.

Kilise'nin yargı yetkisi, bütün büyük Avrupalı ulusal devrimlerin başlıca saldırı nesnelerinden birisiydi; on altıncı yüzyıldaki Alman Reformu'nda, on yedinci yüzyıldaki İngiliz Devrimi, on sekizinci yüzyıldaki Fransız Devrimi ve yirminci yüzyıldaki Rus Devrimi'nde. Çoğu Lutheryan ve Kalvinist ülkede, kilise mahkemelerinin yerini; yetkileri papazların ve diğer kilise memurlarının disiplin meselelerine hasredilmiş olan kilise meclisleri ya da sinodlar almış ve devlet kilise mahkemelerinin lâiklerin ve ruhbanların üzerindeki yargı yetkisinin çoğunu üzerine almıştı. İngiltere'de ise tam tersine Reform'la birlikte kral papalığa ait olan yetkilerden çok azını ele geçirebilmiş; kilise mahkemeleri yetkilerini elinde tutmaya ve hatta genişletmeye devam etmiştir. Ne var ki, on yedinci yüzyıldaki Püriten Devrim ve Restorasyon döneminde kilise mahkemelerinin medeni hukuk ve ceza hukuku alanındaki yetkilerinden çoğu *common law* mahkemelerine ve *chancery*'e devredilmiştir. İngiltere, ancak on dokuzuncu yüzyılla -Fransız Devrimi ile başlayan kitlesel sekülerleşmeyle- birlikte bir dizi yasa yaparak Anglikan Kilisesi'nin yargı yetkisini; ruhban sınıfının disiplini, lâiklerin belli türdeki cinsel saldırılar nedeniyle cezalandırılması ve dinî hizmetlerle ilişkin küçük meselelerin çözümü ile sınırlandırmıştır. Roma-Katolik ülkelerinde de on dokuzuncu yüzyıl, Fransız Devrimi'yle yapılan ve kilisenin yargı yetkisini ortadan kaldıran bir yasanın (Eylül 1790) kademeli uygulanışına tanık olmuştur. İspanya ve Portekiz dışında, Roma-Katolik kilise mahkemelerinin lâikler üzerindeki yetkisi, tamamen bir inanç meselesi haline gelmiş ve kararları maddi hukuki sonuçlara yol açmamıştır. Uygulamada bu mahkemelerin yetkileri genellikle evlilik, nişanlanma ve çocukların nesebi ile sınırlı kalmıştır.

Tarihçiler, kuşkusuz Becket ve Henry arasındaki çatışmayı farklı farklı yorumlamaya devam edeceklerdir. Belki bu hususta Papalık Devrimi'nin ve Batı hukuk geleneğinin oluşumu incelenerek yeni bir iç görü kazanılabilir.

Bu bakış açısından değerlendirildiğinde çatışmaya dair en dikkat çekici olgu, kilise otoriteleri ile kraliyet otoriteleri arasındaki olağanüstü gerilimdir ve bu gerilimin nihai çözümü hukuki uzlaşma olmuştur.

Papalık, on ikinci yüzyılda kilise mahkemelerinin ruhani da-

valar üzerinde yetkili olduğunu ileri sürdüğünde, "ruhani"yi iyi niyet kuralının geçerli olduğu lâikler arası sözleşmeleri, ruhbanların işlediği suçları ve seküler otoritelerin kaçınılmaz olarak seküler olduğunu düşündüğü diğer meseleleri kapsayacak biçimde tanımlamıştır. Benzer biçimde, kraliyet mahkemelerinin seküler davalar üzerinde yetkili olduğunu ileri sürerken, çeşitli ülkelerdeki krallıklar "seküler"i; piskoposlar arasındaki kazançlı kilise makamlarına atanmaya ilişkin ihtilafları, başpiskoposluk mahkemelerinin verdiği kararlara temyiz yolunu ve kilise otoritelerinin kaçınılmaz olarak ruhani olduğunu düşündükleri meseleleri kapsayacak biçimde tanımlamışlardır. Öte yandan iki taraf da biri kiliseye diğeri kraliyete ait iki ayrı yargı yetkisi olması gerektiğinde uzlaşmışlardır. Hiç değilse, yargı yetkilerinin sınırlarının zora başvurarak değil hukukla belirlenmesi konusunda anlaşabilmişlerdir

Hem Henry hem de Becket münhasır yargı yetkilerinin sınırlarının hukuken tanımlanmasına büyük önem atfetmişlerdi. Her ikisi de -o dönemde evrensel olan- hem kilisenin hem de seküler otoritelerin menfaat çatışması yaşadığı meselelere hukuki bir çözüm bulunabileceği beklentisiyle başlamıştır. Henry'nin adamlarının şiddete başvurması bu beklentiye yapılmış bir hakaretti ve öyle şiddetli bir tepkiyle karşılaştı ki, İngiliz krallığı en iddialı taleplerinden vazgeçmek zorunda kalmıştır.

Muhakkak, zaman İngiltere'de, Avrupa'daki her yerde olduğu gibi, kilise yargısı pahasına genişleyen seküler yargının yanındaydı. Ne var ki, gücün dengelenmesindeki böylesi yer değiştirmeler, hukuki rekabet ve uzlaşma bağlamında gerçekleştirilmek zorundaydı.

Kilise mahkemeleri ile seküler mahkemelerin arasındaki rekabetin Batı hukuk geleneğinde süregiden bir etkisi olmuştur. Çoklu yargı çevreleri ve çoklu hukuklu sistemi Batı'nın hukuka bağlılığının temel özelliği haline gelmiştir. Blackstone, on sekizinci yüzyıl İngiliz hukukunun doğal hukuk, ilahi hukuk, uluslararası hukuk, kilise hukuku, Roma hukuku, merkantilist hukuk, yerel gelenekler, *common law, equity* ve mer'i kanunlardan oluştuğunu yazdığında, her ne kadar sonradan parlamento ve *common law* üstünlüğü sağlamış olsa da hâlâ bu çeşitli hukuk türlerini uygulayan farklı mahkemeler mevcuttu -kilise mahkemeleri, üniversite mahkemeleri, bahriye mahkemeleri, *common law* mahkemeleri. Bugün Birleşik Devletler'de bile federal mahkemeler ile

eyalet mahkemeleri arasında ve bu mahkemelerin bünyesinde federal hukuk ile eyaletlerin hukuku arasında bir parça rekabet bulunmaktadır. *Common law* ile *equity* arasında olduğuna benzeyen önemli farklılıklar ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında da görülmektedir. Tüm bu hukuk kurumları aynı mahkemeler eliyle uygulansa bile, bir mahkemenin kararına karşı bir başka mahkemeye başvurabilme fırsatı özgürlüğü büyütür.

On ikinci yüzyıl ile on altıncı yüzyıl arasındaki Kilise mahkemeleri ile kraliyet mahkemeleri arasındaki rekabetin altında her birinin yargısal yetkilerinin sınırları vardı; ne papa ne de kral herhangi bir tebaanın bütün sadakatini kazanamazdı. Becket, kraliyetin yargı yetkisinin sınırsız olmadığı ilkesi uğruna (ki, kral aksini iddia ediyordu) ve yargısal sınırların sadece kral tarafından belirlenemeyeceğini belirtmek için öldü (ki, suikastçıları aksini gösterdi). Üç buçuk yüzyıl boyunca her yıl Avrupa'nın her yerinden on binlerce hacı, kralın hükümlerine karşı çıkan bu adamı onurlandırmak için Canterbury'e doğru yola çıktı.

Nihayet seküler algıda kilise, devletin üstünde ve ona karşı değil de devletin bünyesinde bir kurum haline geldiğinde; Batı'daki her devlette çoklu yargı çevrelerinin her biri ulusal yargı mekanizması tarafından yutuldu ve çoklu hukuk sistemleri de tek bir ulusal hukuk sistemi tarafından soğuruldu. Yine de Becket'tan bugüne bir şeyler miras kaldı. Avrupa'nın çoğu ülkesinde sadece yargı yetkisinin ve yasaların izleri değil devletlerin dinî değerleri denetim yetkisinin anayasal sınırları da bulunmaktadır. Becket'ın kraliyetin ruhban sınıfı üzerindeki otorite iddiasına karşı çıkışı, inanç ve ahlakilik üzerindeki seküler denetime çağdaş direnişte yeniden üretilmektedir. Bugün hâlâ yasakoyucuların ve mahkemelerin tümüyle dinî meselelere müdahale yetkisi ve tümüyle dinî etkinlikleri cezalandırma iktidarı sınırlandırılmaktadır. Bugün hâlâ bu etkinliklerin ve meselelerin sınırlarını tanımlamakta güçlükler bulunmaktadır. Bugün hâlâ -en azından yakın zamanda- devletin belirlediği sınırlar daha yüce bir hukukla çatışırsa, o sınırları ihlal etmenin bir hak ve görev olduğu inanışı hüküm sürmektedir.

II. KISIM
SEKÜLER HUKUK SİSTEMLERİNİN OLUŞUMU

8 | *Seküler Hukuk Kavramı*

Papalık Devrimi, ilk defa ayrı, özerk bir kilise devletine ve özerk bir kilise hukukuna; kilisenin kanon hukukuna hayat vermiştir. Papalık Devrimi, aynı zamanda ilk defa dinî işlevleri olmayan siyasi kurumları ve kilisenin dışında hukuk düzenlerini ortaya çıkarmıştır. Papalık bu kurumları ve hukuku "geçici" (zamana bağlı) ile "seküler" (dünyevi) olarak adlandırmıştır.

Seküler hükümetin kutsal niteliğinin azalması, tek olmaktan ziyade birden çok ve muhtelif olarak beliren kilise dışı yönetimlerle ve onların hukuk düzenleriyle bağlantılıdır. Kanon hukuku tekti, hatta yeni kilise yönetimi de tekti ancak seküler hukuk birden çoktu ve seküler yönetimlerin çeşitli hukuk tiplerine tekabül ediyordu; imparatorluk hukuku, kraliyet hukuku, feodal hukuk, malikâne hukuku (manoryal hukuk), merkantilist hukuk, kent hukuku. Yeni yönetim biçimleri, yeni hukuk türlerini gerektirmişti zira her birinin dinî işlevleri, "ruhani" boyutları artık lideri Roma'da yaşayan, ayrı ve bağımsız bir evrensel örgütlenmenin eline geçmişti.

Ruhani kelimesi, kilisenin hukukunun; kilise dışındaki yönetimlerin süreli ve dünyevi hukuklarında olmayan kutsallık boyutunu betimlemektedir. Bununla birlikte, seküler hukuk da dâhil olmak üzere seküler düzen artık *temelinde* kaotik ve ereksiz olarak değerlendirilmemiştir. Seküler düzen günahlardan arınmış değildir ama bu telafi edilebilir; yeniden ıslah olabilirdi. Tıpkı kilise hukuku gibi seküler hukuk da doğal hukukun ve en nihayetinde ilahi hukukun yansıması, ancak mükemmel olmayan bir yansıması olarak görülmüştür. Seküler hukuk da akla ve vicdana bağlıydı; kökleri vahiydeydi. Gerçekten dinî ile seküler ayrımı, kilisenin dünyayı yeniden düzenleme görevine ve mükemmel olmayan seküler hukukun, nihai erek olan adalete ve hakikate riayet etmesini sağlamanın bütün Hıristiyanlar'ın (özellikle kutsal düzende yaşayanların) görevi olduğu varsayımına dayanmaktadır.

Seküler hukuk, kanon hukukunu taklit etmek zorundaydı.

Çeşitli seküler hukuk sistemlerinin hepsi (kraliyet hukuku, feodal hukuk, malikâne hukuku, merkantilist hukuk, kent hukuku) kanon hukukunun pek çok fikrini ve tekniğini kendi hukuklarına uyarlamışlardı zira kanon hukuku çok daha fazla gelişmişti ve örnek alınmaya uygundu. Bu kaçınılmazdı çünkü on ikinci ve on üçüncü yüzyıldaki seküler kurumların çoğu hukukçusu, yargıcı, danışmanı ve memuru ruhban sınıfına mensuptu ve kanon hukuku tedrisatından geçmişti. Dolayısıyla kanon hukukunun temel özelliklerine aşinaydı. Fakat seküler otoriteler aynı zamanda kilise otoritelerinin seküler yargı yetkisini gasp etmesine karşı direniyordu ve bu sebeple de kanon hukukunun tutarlılığına ve kapsamlılığına ulaşmanın yollarını arıyordu.

Kısmen kanon hukukunu taklit ederek kısmen de onunla rekabet ederek gelişen çeşitli hukuk türlerinin her biri nihayetinde -çeşitli aşamalarda olsa da- bir hukuk sistemi olarak tasavvur edilmiştir; başka deyişle, bütünleşik ve organik olarak gelişen bir hukuki kurumlar ve kavramların gövdesi olarak. Yine de kanon hukukuyla karşılaştırıldığında yeni seküler hukuk sistemleri, dönemin esaslı politik ve entelektüel olay ve hareketleriyle ilintililerinden ziyade, dönemin toplumsal ve ekonomik değişimlerinin nüfuzu ile çok daha doğrudan ilişkiliydi. Feodal hukuk ve malikâne hukukunun, bir şekilde o kadar olmasa da merkantilist hukuk ve kent hukukunun ve yine daha da az ölçüde de kraliyet hukukun kökleri fazlasıyla örf ve âdet hukukundaydı. Bu nedenle de kilisenin kanon hukukuna oranla daha kademe kademe ortaya çıkmıştı. Feodal soyluların sınıf bilincinin gelişmesi ve köylülerle ilişkilerinin hukukileşmesi; ruhban sınıfının, sınıf bilincinin gelişiminden ve seküler otoritelerle ilişkilerinin hukukileşmesinden çok daha yavaş ve görünmez ilerlemiştir. Bunun yanı sıra ticari pazarlar ve kent özyönetimleri gibi "kurumların" ortaya çıkışı; üniversiteler ve kilise mahkemeleri gibi kurumların ortaya çıkışından farklı nitelikte olmuştur. Bu farklılıklar kısmen doğrudan etkilenen insanların kim olduklarıyla ve nüfusu ile ilişkiliydi. Seküler hukuk, "zeminde" gelişmişti; daha az programa dayalıydı; kısmen bu nedenle daha az belirgindi. Üniversite mezunu hukukçular, feodal hukuku, kent hukukunu ya da kraliyet hukukunu "özetlemeye" başladığında, seküler hukuk zaten oradaydı, vardı.

Gerçekten de ilk seküler hukuk sistemlerinin, bütünleşik, süregiden, özerk hukuk sistemleri olarak kabul edilmek için ders

kitaplarında anlatılmaya ya da üniversitelerde öğretilmeye *ihtiyacı* yoktu. Kuşkusuz, nicelik ve nitelik olarak kanon hukukçuları ile Roma hukukçularının ürettikleri hukuk literatürü kadar olmasa da seküler hukukun çeşitli dallarına ilişkin ders kitapları da yararlı oldu ve olacaktı. Ayrıca seküler hukukun çeşitli türlerinde ortaya çıkan sorular, her ne kadar bu hukuk türlerinin hiçbirisi üniversite müfredatında bağımsız bir konu olarak yer alma şerefine nail olamasa da yanıtlarını üniversitelerdeki hukuk derslerinde buldu. Aksine ders kitapları ve eğitimler olmaksızın hayal dahi edilemezdi zira eklemli bir teori hukuk biliminin inceleme konusuydu ve uzmanlarının akademik olarak yetiştirilmesi uygulamanın önemli bir parçasıydı. Hukuk bilimi, modern kanon hukuku sistemin ortaya çıkışından ayrılamazdı;

Özetle, seküler hukuk, on birinci ve on ikinci yüzyıldaki gelişimiyle, ortaya çıkmakta olan muhtelif hukuk sistemlerinin kavramıydı ve her birinin kapsamı belirli tipteki süreli ilişkilerle sınırlıydı, tamamlanmamıştı, gelenekten doğuyordu ama yine de rehberi ilahiydi ve akıl ve vicdanın ışığında düzeltilmeye tabiydi.

Seküler Yönetime ve Seküler Hukuka İlişkin Yeni Teorilerin Ortaya Çıkışı

Bu bölümün tezi, devlete ve hukuka ilişkin Batılı modern teoriler de dâhil olmak üzere, Batılı modern siyaset biliminin köklerinin Papalık Devrimi'ndeki karşıt güçler arasındaki mücadelelerde olduğudur. Bu tez, Batılı modern siyaset biliminin kaynaklarına ilişkin geleneksel görüşlere karşı çıkmaktadır. Zira on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki olaylar üzerine uzmanlaşmış bilimsel literatür aksini ispatladığı halde hâlâ kabul gören geleneksel yaklaşıma göre, modern siyaset bilimi öncelikle klasik Yunan düşüncesinde, özellikle Platon ve Aristoteles'in görüşlerinde; daha sonra ise klasik Yunan düşüncesinin yeniden keşfedildiği Rönesans döneminde, seküler devletlerin de ilk kez ortaya çıktığı söylenen on beşinci ve on altıncı yüzyıllarda doğmuştur.

Geleneksel düşünceye göre, antik çağ ile on beşinci yüzyıl arasında siyasi düşünceye, Orta Çağ teolojisinde değişen Stoacı ve patristik teori hâkimdi. Öte yandan hem Stoacı-patristik politik teorinin hem de Orta Çağ teolojisinin, Hıristiyan öğretisi ile "modern" olarak nitelendirilmeyecek kadar çok meşgul olduğu savunulmuştur. Şüphesiz, on üçüncü yüzyılın sonlarında, bilhassa Aristoteles'in *Politika* (1260) adlı eserinin ilk kez Latinceye çev-

rilmesinin, siyasi düşünce temelde teolojik ve "skolastik" kalsa da modern siyaset biliminin alameti olduğu düşünülür. Mamafih sonraki yüzyılda modern düşüncenin ve politikanın modern analiz yönteminin öncüsü sayılan çok az önemli yazar bulunmaktadır. Özellikle Padovalı Marsilius (1275-1342), halkın rızasını ister seküler ister dinî olsun iktidarın meşruluğunun kaynağı olarak öne çıkarmış ve buradan da seküler iktidarın kilisenin üstünde olabileceği sonucuna ulaşmıştır (papalık ancak cemaatin kurduğu dinî makamda yönetici olabilirdi). Ancak genellikle ilk gerçek modern siyasi düşünürün Niccolo Machiavelli (1469-1527) olduğu söylenir. Machiavelli, sadece seküler iktidara atfen "devlet" sözcüğünü kullandığı için değil; fakat aynı zamanda ampirik gözleme ve siyasi kurumların rasyonel analizine dayanan modern siyaset bilimini kurduğu için de itibar görmektedir.

Geleneksel görüşe göre, on üçüncü yüzyılın sonlarında ve on dördüncü yüzyılda kimi münferit devletleşme çabaları görülse de modern anlamıyla bütünüyle gelişmiş bir devlet olmadığı için, on beşinci yüzyılın sonlarından ve on altıncı yüzyıldan evvel devletin sistematik teorisi ya da bilimi geliştirilememiştir. Daha sonra da tam da modern anlamıyla devlet kavramının, "Orta Çağ"a yabancı olduğu; zira papalığın Hıristiyan âlemi üzerindeki iktidarına ve iddialarına, feodal sistemin merkezsiz siyasi iktidarına ve kralın Tanrı'nın ve doğal hukukun altında yer aldığına inanan Hıristiyan düşüncesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bu çalışmada daha evvel Batı'daki ilk devletin; papalık tarafından on birinci yüzyılın sonlarında on ikinci yüzyılın başlarında *kilisenin içinde* kurulduğu anlatılmıştı. Bu, elbette, tartışmanın -nedense açıklanamayan sebeplerle- seküler devletle sınırlı tutulması gerektiğini söyleyerek itiraz edenleri tatmin etmeyecektir. Ancak bu sınırlama kabul edilse bile papalık iktidarının, feodal rejimin ve ilahi ve doğal hukukun üstünlüğüne olan inancın zirvede olduğu zamanda kurulan ilk Avrupalı modern seküler devlet örneklerini bulmak zor değildir. II. Roger yönetimindeki (1112-1154) Sicilya'daki Norman Krallığı, II. Henry (1154-1189) yönetimindeki İngiltere, Philip Augustus (1180-1223), yönetimindeki Fransa, Kont Philip (1169-1191) yönetimindeki Flamanya (Flandra) ve Frederick Barbarossa (1152-1190) dönemindeki Bavyera ve Svabya ile Cenova, Pisa, Freiburg, Köln, Ghent, Brüges ve diğer onlarca şehirdeki bağımsız kent-devletleri on ikinci

yüzyıl kadar eski bir zamanda kurulmuş seküler hukuk ve yönetim sistemleri olarak nitelendirilebilir. Zira hepsi yasa yapan ve uygulayan aynı zamanda ordularını istihkâm ederek savaşan egemen bir iktidarın yönetimindeki tek, bağımsız ve teritoryal yönetimler olmaları hasebiyle birer devletti. Daha da önemlisi, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca seküler yönetim ve seküler hukuk teorileri, siyasi düşünürler ve hukuk düşünürleri tarafından bu devletlerin varlığını açıklamak ve meşrulaştırmak için geliştirilmiştir.

Batı Siyaset Biliminin Kurucusu Salisbury'li John

Hükümet üzerine Stoacı ve patristik modelleri aşarak yapılmış ilk Batılı bilimsel çalışma, Salisbury'li John'un 1159'da yazdığı *Policraticus* adlı eseridir[1] ve anında bütün Avrupa'da bir dalgalanma yaratmıştır. *Policraticus*'un önemi en etkili biçimde, onu daha önceki bir çalışmayla, belki de hükümet üzerine yapılmış son Batı öncesi (yani pre-modern, modern öncesi) bilimsel çalışmayla 1100 tarihli *Norman Anonymous* ile kıyaslanarak gösterilebilir.[2]

Papalık Devrimi zirvedeyken yazılan *Norman Anonymous*, papalığın iddialarına karşı kutsal krallığı temsil ediyordu. Yazar hem İsa'nın krallığının hem de onun rahipliğinin, taç giyme töreniyle doğrudan krallara aktarıldığını iddia ediyordu. İsa Mesih'in vekili olarak kralın kendisi kutsaldı ve aynı zamanda halkının dinî lideriydi. Gerçekten de kral taç giyme töreninden sonra ayinleri idare edebilir; -Bizans, Frank ve Anglo-Sakson geleneğine uygun olarak- imparator ya da kral ibadethaneye girebilir

---

[1] *Policraticus*'un Latince metni, C. C. Webb tarafından düzenlenmiş ve 1909 yılında Oxford Üniversitesi tarafından basılmıştır. İngilizce tercümesi için bkz. *The Statesman's Book of John of Salisbury, Being Fourth, Fifth, and Sixth Books, Selections from the Seventh and Eight Books, of the Policraticus,* trans. with intro. John Dickinson (New York, 1963). Önde gelen bir tarihçi Salisbury'li John'un "döneminin en başarılı bilim insanı ve biçimcisi" olduğunu söylemektedir. David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (New York, 1962), s. 135. 1115'de İngiltere'de doğan Salisbury'li John, Abelardus'un, Gilbert de la Porree ve diğer büyük ustaların öğrencisi olarak Chartres'de on iki yıl öğrenim görmüştür. 1140'ların sonunda papalık mahkemesinde görev yapmış ve sonra pek çok yıl boyunca Başpiskopos Thomas Becket'ın yakın çevresinde yer almıştır. II. Henry, 1164 yılında onu sürgüne yollamıştı ancak 1170'de Becket öldürüldüğünde Canterbury'deydi. 1176 yılından 1180'de ölene kadar Chartres Piskoposu olmuştur. *Policraticus*'u Becket'e ithaf etmiştir.

[2] Bkz. George H. Williams, *The Norman Anonymous of 1100 A.D.*, Harvard Theological Studies, vol. 18 (Cambridge, Mass., 1955).

ve kendi komünyonunda ekmeği ve şarabı sunabilirdi.[3] Kral hem halkının sevgilisi hem de kurtarıcısıydı; bu nedenle günahları bağışlayabilirdi.

Norman Anonymous'a göre, İsa'nın rahipliği de bütün piskoposlara Aziz Peter aracılığıyla verilmişti. Yazar, papayı; piskoposların kendi diyakozlarındaki manastırları denetleme hakkını gasp etmekle eleştiriyordu. Roma'nın eşsizliği, der yazar, sadece onun eski siyasi ve askerî gücünden kaynaklanmaktadır; Aziz Peter, Roma'ya Kudüs'ten ya da Antakya'dan daha fazla ayrıcalık bahşetmemiştir. *Norman Anonymous*'ta kanon hukukçularının yasacılığı da eleştirilmiş; kanon hukukunun her zaman Yeni Ahit'in ruhuna uygun olarak yorumlanması gerektiği söylenmiştir. Ruhban sınıfının evlenmesi savunulmuş; bütün rahipler bekârlık yeminine davet edilmemiştir. Lâiklerin kilisedeki üstün rolleri de savunulmuştur. Vaftiz töreninin, Aşai Rabbani de dâhil olmak üzere diğer ayinlerin hepsinin temeli olduğu ifade edilmiştir. *Norman Anonymous* bütün bu meselelerde *ancien regimé*'i, Karolenj zamanı ve evveline tekabül eden devrim öncesi dönemi temsil etmektedir.

Argümanın ortaya konuluşu özel öneme sahiptir. *Norman Anonymous*, farklı konumların artılarının ve eksilerinin makul bir değerlendirmesi değildi; daha ziyade dogmatik ve peygambervari bir karakterin ateşli savunmasıydı. Esas çıkarımını pratik deneyime değil kutsal kitabın sembolizmine, amaçlara ve araçlara değil litürjiye, hukuki gerekçelere ve analojilere değil kilisenin geleneklerine dayandırıyordu.

Norman Anonymous'ta bulunan biçimsel nitelik ve analiz yöntemi yazarın bağlı olduğu temel dinî-politik konuma dikkate değer bir ölçüde uygun düşmektedir. Yine de on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarındaki papalığın polemik içeren yazılarının pek çoğunda benzeri biçimsel ve yöntemsel nitelikler bulunabilir. Yeni bir biçimin ve analiz yönteminin ve nihayetinde yönetimlerin doğasının biliminin belirmesi, büyük mücadelenin sonunda ve tarafların verdiği büyük tavizlerin sonucunda mümkün olmuştur. Bu bilimin ilk işaretleri on birinci yüzyılın sonlarındaki on ikinci yüzyılın başlarındaki kanon hukukçularının ve Roma hukukçularının yazmalarında bulunabilir. Ancak ilk sistematik bilimsel inceleme, Salisbury'li John'un ken-

[3] Ibid., s. 173.

disinden önceki hukuki metinlerin üzerine inşa edilen ama onları aşan *Policraticus*'udur.

Policraticus, elbette günümüzün Batılı bilimsel eserlerinin yazıldığı biçimde hatta John Locke ya da Thomas Hobbes'un yazdığı biçimde yazılmamıştı. Genel olarak skolastisizmi şiddetle eleştiren Hobbes, Salisbury'li John'un analizinin söylemsel karakterine, bir konudan diğerine atlamasına, İncil'den verdiği sayısız örneğe, ahlak dersi verişine ve hepsinden öte gözle görünen tutarsızlıklarına pek az tahammül edebilmiştir. Hükümete dair pek çok teori, kimi zaman neredeyse tesadüfen benimsenmiştir. Yakın zamanlı Batılı siyaset bilimine hâkim olan teori, -yani John Dickinson'ın sözleriyle- toplumun "kendisini, fikirlerini ortaklaştırarak ve üyelerinin amaçlarını uyumlaştırarak ortak hedeflerini gerçekleştirmek için örgütleyebileceği teorisi" tümüyle yetersizdi.[4]

Bununla birlikte, *Policraticus* "hâlâ düşüncenin, çözüldüğünde ilerleyen yüzyıllardaki karşıt öğretilerin ana akımlarını biçimlendirecek olan birleşmiş haldeki birkaç farklı biçimini gözler önüne sermektedir".[5] Reform Hareketi'nden evvel bu düşünce biçimleri büyük ölçüde birleşmiş halde kalmaya devam etmiş ancak sonra dağılmıştı ve Reform öncesi ve sonrası siyasi düşünceyi en fazla ayıran da bu dağılmaydı. Nitekim Salisbury'li John'un yöneticinin yetkisini doğrudan Tanrı'dan aldığı yönündeki çıkarımı, on altıncı yüzyıldaki kralların tanrısal hakları teorisinin habercisi olurken; pederşahi monarşi teorisi on yedinci yüzyılın mutlak monarşi kavramının habercisiydi. Salisbury'li John'un, yöneticinin üstün bir hukukla bağlı olduğu düşüncesi, Sir Edward Coke[6] tarafından ileri sürülen hukukun üstünlüğü öğretisinin öncüsüdür. Salisbury'li John'un insanların günahtan kurtulmak ve Tanrı'nın inayetiyle yaşamak için bir hükümete ihtiyaç duymadıklarına ilişkin görüşü, (Dickinson'un dikkat çektiği üzere) Protestan Reformu'nun radikal tarikatlarının Hıristiyan komünizmini öngörmüş ve modern felsefi anarşizm öğretisinde de öngörülmüştür. Salisbury'li John *Policraticus*'ta "başlangıçta [daha sonraki politik teorilerde] iç içe geçmiş ve onları sınırlandıran yahut koşullara uyduran az ya da çok çelişkili fikirler yığını-

---

[4] Dickinson, *Salisbury*, s.lxxxi.

[5] Ibid., s.Ixxx-lxxxi.

[6] Sir Edward Coke (1552-1634) İngiliz hukukçu ve siyasetçi, kraliyetin ayrıcalıklarına karşı gelip hukukun üstünlüğünü savunmuştur -ç.n.

nı ortaya koymaktadır".[7] Bu bağlamda kitap ilk okuyuşta eklektik ve senkretik görülebilir -ne büyüleyici bir karmaşa! Ancak daha yakından incelendiğinde zihni bulanık olanın Salisbury'li John olmadığı açıklığa kavuşur; karmaşık ve çelişkili olan, yaşadığı dönemin politik koşullarıdır. Bu politik koşulların karmaşık yapısını resmetmek ve çelişkilerini rasyonalize etmek Salisbury'li John'un meziyetidir. *Policraticus*'u ütopik yahut programlı bir çalışma olmaktan çıkaran ve bilimsel bir çalışma yapan da budur. Siyasi iktidarın çeşitli tiplerini (monarşi, aristokrasi, demokrasi) birbirini dışlayan seçenekler olarak gören klasik siyasi düşüncenin aksine Batı siyasi düşüncesi -Salisbury'li John ile başlayarak- onları, kombine ve bir arada var olabilen iktidar tipleri olarak görmeye başlamıştır.

Policraticus, bir yüzyıldan uzun bir süre boyunca, bütün Avrupa'da yönetimin doğası üzerine yapılmış en yetkin kitap olarak değerlendirilmiştir. Kitabın üstünlüğüne, Aquinalı Thomas, Aristoteles'in *Politika*'sına dayanan kitabı *De Regimine Principum*'u yazana kadar meydan okunmamıştır.[8] Bundan sonra dahi Aquinalı Thomas'ın eserini, sadece Aristoteles'in değil Salisbury'li John'un da üzerine inşa ettiği kabul edilmiştir.

Her ne kadar Salisbury'li John eserini yazdığında *Politika* biliniyor olmasa da kısmen yazarının Aristoteles'in yazmalarına (bazıları henüz çevrilmişti) ilişkin sağlam bir temeli olduğu için *Policraticus*'un güçlü bir Aristotelesçi boyutu vardı. Aristotelesçi olmayan boyutları da vardı.[9] Stoacı ve patristik etkiler de güçlüydü ve Iustinianus'un hukuk metinlerindeki doğal hukuka, adalete, hakkaniyete ve mantığa atıflarla pekiştirilmişti. *Policraticus*'ta kilisenin, Roma İmparatorluğu'nun ve Bizans ve Frank-Cermen imparatorluklarının tarihlerinden olduğu kadar Eski ve Yeni Ahit'ten derlenmiş pek çok örnek de vardı. Ancak bu kaynakların ve etkilerin hiçbirisi belirleyici değildi; belirleyici olan hepsinin bir araya getiriliş yöntemiydi ve bu yöntem Papalık Devrimi'nden sonraki Batılı düşüncenin özelliğiydi.

Bu son husus, tarihçilerin *yeni*'yi açıklarken onu geçmişteki

---

[7] Ibid., s.lxxxii.

[8] Aristoteles'in *Politika*'sı 1260'larda çevrildi. Aquinalı Thomas'nın *De Regimine Principum* 1266'da yazıldı.

[9] Salisbury'li John, Aristoteles'in 1128 ile 1140 arasında çevrilen *Analytica Priora* ile *De Elenchis Sophisticis'inden* yararlandığı Metalogicon'u *Policraticus*'u yazdığı sene yazdı (1159)

kökenleri ile açıklama ve böylece yeniyi, yeniliği dışındaki her şeyle açıklama eğiliminin detaylı incelenmesini gerektirmektedir. Kimilerine göre, Orta Çağ'ın siyasi düşüncesi, Salisbury'li John'unki de dâhil olmak üzere, esasen Roma hukukçuları tarafından tamamlanan Stoacıların ve kilise babalarının geleneğindedir; Aristoteles'in Aquinalı Thomas'ın eserleri üzerinde etkisi ya hiç yoktur ya da çok azdır ve hatta *siyasi* düşünce Aristotelesçiliği çok da ciddiye almamıştır.[10] Diğerlerine göre ise, aksine, bütün Orta Çağ düşüncesi, siyasi düşünce de dâhil olmak üzere, Aristoteles'in çevrilmesinin tarihidir ve Salisbury'li John'un siyaset teorisi, özünde Aristotelesçi mantığın döneminin siyasi gerçekliklerine uygulanmasıdır.[11] Öte yandan *Policraticus*'un hükümet teorisine ilişkin diğer iddiaları özünde hâlâ Platoncudur.[12] Son olarak *Policraticus*'un seküler iktidarın kilise ile ilişkisine dair köklü geleneği olan Hıristiyan yazınının daha da geliştirilmesi ve âdeta on beşinci yüzyılda İmparator Anastasius'un dünyevi iktidarı uygulaması, ilahi iktidarın uygulanmasını kiliseye bırakması gerektiğini söyleyen Papa Gelasius'a kadar giden "iki kılıç" kuramının yeni koşullara uygulanması olduğu da belirtilmiştir.[13]

Yine de Salisbury'li John'un *Policraticus*'unun yeni olduğu da söylenmektedir. Buna göre *Policraticus* "Orta Çağ'ın kavramsallaştırmaları ile bağını koparan ilk siyaset teorisini içermektedir ve hükümdarların haklarına ve görevlerine dair tartışmaların eskide kalan iki kılıç kuramının yerini aldığı bir döneme öncülük etmiştir".[14]

Policraticus'ta yeni olan, öncelikle birbirleri ile tezat içindeki muhtelif teorileri, metinleri ve örnekleri -Platon, Aristoteles, Cicero, Seneca, Vergil, Ovid, Eski Ahit, Yeni Ahit, kilise babaları, Iustinianus'un metinlerini şerh eden Salisbury'li John'un çağdaşı Roma hukukçuları, kanon hukukçuları ve niceleri- kapsamlı bir şekilde bir araya getirmek için harcadığı çaba ve sentezleme girişimiydi. Her biri, bir anlamda yetkindi ancak diğerlerinin ışığında değerlendirildiğinde başka bir açıdan da eleştiriye açıktı. Bu hâlihazırda Irnerius ve halefleri tarafından -az çok katı biçimde-

---

[10] R.W. Carlyle and A.J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West*, 6 vols. (London, 1903-1936), II, 2; III, 140, 142-243, 146.

[11] Bkz. Dickinson, *Salisbury*, s.xl.

[12] Ibid, s.xxii.

[13] Carlyle, *Medieval Political Thought*, IV, 333.

[14] Ibid.

Roma hukukuna; Abelardus (Salisbury'li John'un öğrencisiydi) tarafından teolojiye; (Salisbury'li John'un *Decretum*'una aşina olduğu) Gratianus tarafından kanon hukukuna uygulanan ve daha sonra "skolastik" denilen yöntemin siyaset bilimine ilk uygulanışıydı.

İkinci olarak, sentezleme çabasına ilaveten John, gerçekten de birbiriyle bütünleşmiş ama tezat normlardan onların ortak özelliklerini soyutlayarak ulaştığı kavramları kullanarak senteze ulaşmanın bir yöntemini bulmuştur. Onun uyguladığı yöntemin en önemli örneği Latince *princeps* ("hükümdar") sözcüğünü, belirli bir yöneticiye ya da makama atıfla değil genel olarak yöneticileri belirtmek için kullanmış olmasıydı. Klasik ve post-klasik dönem Roma yazmalarında *princeps* Roma imparatorunu ifade etmek için kullanılmıştır. Herhangi bir ya da birden fazla yönetici değil sadece imparatorluk makamını elinde bulunduran hükümdardı. Sonraki yüzyıllarda bu unvan Frank imparatorları daha sonra da diğer krallar ve nihayetinde papalık tarafından gasp edilmiş ancak daima bir kişiyi ya da makamı ifade etmek için kullanılmıştır. Başka deyişle *princeps* belli bir yönetimdeki üstün yönetici, üstün yöneticinin makamı anlamına geliyordu. Papalık ile imparator arasındaki mücadelede *princeps* unvanını almak ve onunla anılan Roma hukuku metinleri her iki taraf için de bu nedenle önemliydi. Dahası *princeps*'in yönetimi -Papalık Devrimi'nden önceki- karakteri itibarıyla teritoryal olarak değil; daha ziyade Gerhart Ladner'in işaret ettiği gibi işlevsel olarak değerlendirilmiştir.[15] Başka deyişle, *princeps*'in yetkileri ve görevleri, bir lordun vasalları ile, bir efendinin hizmetkarları ile, bir rahibin cemaati ile ya da İsa'nın müritleri ile ilişkisi bakımından ele alınmış; halkının verili bir teritoryaya; verili bir ülkeye bağlı olup olmamasına yönetimin bir niteliği olarak bakılmamıştır. Salisbury'li John ise aksine teritoryal bir sistemde yönetici ile uy-

---

[15] "Aziz Augustine'nin, topluluk olarak devlet ve teritorya olarak devlet konusundaki yaklaşımı farklıydı... Yine de eski zamanların devlet nosyonunun hukuk ve adalet, düzen ve barış gibi Roma Cumhuriyetinin de Roma İmparatorluğu'nun da sınırlı algıları dâhilinde insanlığın gerçek amacı olarak gördükleri ve hayata geçirmeye çalıştıkları belli başlı unsurlarını da kabul etmişti... Nitekim Aziz Augustine tarafından olumlu anlamda değerlendirilen teritoryal egemenlik ve teritoryal krallık, ona göre topluluklar ya da teritorya olarak devlet değildi; bunlar, Tanrı'nın krallığının bizzat yeryüzünde bulunduğu karışık şartlarda adil yönetimin formu ve işlevleriydi". Gerhard B. Ladner, "Aspects of Medieval Thought on Church and State", *Review of Politics*, 9 (1947), 403-422.

ruklarının siyasi ve hukuki ilişkilerin genel özelliklerini analiz etmek üzere yola çıkmıştır. Hükümdar; bir imparator, kral, dük, kont ya da başka bir yönetici olabilirdi. Hükümdarın tebaası, yönettiği topraklar üzerinde bir *res publica* ("cumhuriyet" ya da *commonwealth*) oluştururdu. Böylece *Policraticus*'taki hükümdar terimi, aynısı olmasa da yazarların daha sonra kullandıkları devlet sözcüğüyle benzer bir anlama geliyordu. Hükümdar "bir tür kamu gücü ... belirli topraklar üzerinde kurulan üstün siyasi iktidar"[16] anlamına geliyordu. Gerçekten de *Policraticus*'ta hükümdar açıkça "kamu gücü" olarak tanımlanmıştır.[17] Ancak hükümdar, on altıncı yüzyılda tanımlandığı biçimiyle "yönetenden ve yönetilenden *ayrı bir tür kamu gücü*" olarak devlet anlamına gelmemektedir.[18] *Policraticus*'taki *princeps* genel bir kavramdı fakat henüz soyut bir kavram haline gelmemişti. Kamu gücü olarak hükümdar, hâlâ, görevi "beden" olarak görülen *res publica*'nın statüsünü (*status*) devam ettirmek olan "baş"ıydı. On altıncı yüzyılda dildeki dikkat çekici değişim, şimdiye dek yöneticinin, üstün siyasi iktidar ile emretme ve hizmet etme görevini, bizatihi kamu gücünün kendisini, "*commonwealth* statüsü"nü tanımlıyordu.[19]

Hükümdar terimini genel bir kavrama dönüştürerek, Salis-

---

[16] Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol.2, *The Age of Reformation* (New York, 1978), s. 353. Bkz. 17. dipnot.

[17] *Ergo est... princeps potestas publica...*Webb, Policraticus 5.1. Bkz. Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100-1322* (Princeton, N.J., 1964), s. 515, n.42. Post, modern anlamda devlet kavramının köklerinin on birinci yüzyılın sonları ile on ikinci ve on üçüncü yüzyılların hukuk düşüncesinde olduğunu şiddetle desteklemektedir.

[18] İtalik yazılan sözcükler, 15. dipnotta alıntılanan metinden çıkarılmıştır, italikler (sonradan) tamamlanmıştır.

[19] Elbette, devletin modern kavramının belirişine dair devasa bir literatür mevcuttur. Bkz. Skinner, *Modern Political Thought*, II, ix-x. "'Ülkesini koruyan' yönetici düşüncesinde, yöneticinin konumunu tersine çeviren belirleyici bir dönüşüm yaşanmıştır. Buna göre, devletin, yöneticinin korumakla görevli olduğu ayrı bir yasal ve anayasal bir düzeni vardır". Ne var ki bu dönüşüm, Skinner'ın ısrarla iddia ettiği gibi on altıncı yüzyılda değil fakat on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında yaşanmış ve Salisbury'li John'un çalışmalarında da yansıtılmıştır. Ancak Skinner, (Max Weber'e atfettiği) "kendi toprakları üzerinde hukukun ve meşru şiddet kullanımının tek kaynağı ve yurttaşlarının bağlılığının geçerli tek nesnesi" olarak devlet tanımını benimsemektedir. Ancak bu tanımla, bugün ABD'nin bile devlet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hayli şüphelidir. Zira ABD, kısmen uluslararası hukukla (uluslararası teamüller, anlaşmalar ve sözleşmeler de dâhil olmak üzere) yönetilmektedir ve yurttaşlarının başka (örneğin dinî) bağlılıkları olabilmektedir.

bury'li John, aynı cinsin türü olmakla birlikte birbirlerine zıt iki ayrı tipteki hükümdar arasındaki ayrıma dayanan bir hükümet teorisi geliştirebilmeyi başarmıştır. Birinci tip hükümdarlar, hukuka, hakkaniyete uygun ve "kamunun refahını" sağlamak amacıyla yönetir. İkinci tip hükümdarlar ise zora başvurarak, kendi bayağı amaçları için yönetirler; onlar "tiran"dır, "[onların yüzünden] yasalar değersizleşir ve insanlar köleye dönüştürülür".[20]

Yasalara saygılı kral ile tiran arasında yapılan benzeri bir ayrım, kilise babalarının yazmalarında ve eski Yunan siyasi düşüncesinde de bulunabilir. Ancak Salisbury'li John'un teorisi, iki tip yöneticinin de hem birlik hem de zıtlık içindeki doğasını kabul ettiği ve buradan sonuçlar çıkardığı için daha önceki teorilerden çok daha karmaşıktı. Yasalara saygılı kral da tiran gibi yetkisini Tanrı'dan alırdı çünkü "bütün iktidarlar Tanrı'dan gelir"di. "[Yönetici] uyruklarına karşı zalimliğe başvurduğunda ... bu Tanrı'nın iyi amacı uğruna onları cezalandırma ya da ıslah etmek için gösterdiği iradedir ... iyi insanların zorbaya saygı göstermeleri hürmete layıktır, seçilmişlerin üzerine bir veba gibi geldiğinde bile".[21] Tiranın yasalarına da itaat edilmelidir, meşum yasalar olsalar bile. Zira Tanrı'nın iradesi buna rağmen onların aracılığıyla gerçekleşecektir. Tanrı "bizim kötülüğümüzü kendi iyiliği için kullanır. Bu nedenle tiranlıktan daha kötü bir şey olmadığı halde bir tiranın yönetimi de iyidir".[22]

Ancak bu az çok geleneksel argüman aşama aşama değişmiştir. Deyişe göre, kötü bir yöneticinin, artık Tanrı'nın mahkemesinden kötü insanların kaçtığından daha fazla kaçması mümkün değildir; eğer uyrukları sabırlıysa ve kendi kötülüklerine yüz çevirmişlerse Tanrı en sonunda onları zorbanın elinden kurtaracaktır. Baskının tarihi göstermiştir ki, kötü yöneticiler çoğunlukla cezalandırılmıştır. Ancak daha önemlisi, eğer tiran uyruklarından birisine inancına aykırı davranmasını emrederse, uyruk itaat etmemelidir. "Bazı şeyler ... öyle menfurdur ki, hiçbir emir onları meşrulaştıramaz ya da hoş görülebilir kılamaz".[23] Örneğin askerî bir lider askerine Tanrı'yı inkâr etmesini ya da zina yapmasını emrederse, asker bunu yapmayı reddetmelidir.[24] Daha genel

---

[20] Dickinson, *Salisbury*, s. 335.

[21] Ibid., ss. 4-5.

[22] Ibid., s. 351.

[23] Ibid., s. 212.

[24] Ibid., s. 213.

olarak "eğer [hükümdar] ilahi emirlere direnir ya da karşı çıkarsa ve Tanrı'ya karşı verdiği savaşta benim de onun yanında olmamı isterse benim de yüksek sesle Tanrı'nın, dünya üzerindeki hiçbir adama tercih edilemeyeceğini haykırmam gerekir".[25]

Böylece okur iki karşıt norm ile karşı karşıya kalır; tiranın yasalarına itaat edilmelidir, zira tiran Tanrı'nın izniyle yönetir; gelgelelim Tanrı'nın yasalarıyla çatıştığında tiranın yasalarına itaat edilmemelidir. İlk bakışta, ikinci norm ilkinin istisnası gibi görünür, ancak en kötücül emirlere karşı geçerlidir. Yine de tam da tiranlığın kendisi Tanrı'nın yasaları ile çatışabilir. Çelişkiler daha da ileri götürülebilir. Nihayetinde okuyucu şu sarsıcı sonuçla karşılaşır; tirana sadece itaat etmemek değil gerekirse onu öldürmek bir insanın hem hakkı hem de görevidir -ünlü "tiranı öldürme hak ve görevi". Salisbury'li John "tiranı öldürme hak ve görevi"ni bir öğreti olarak açıklayan ve gerekçelendirilmiş argümanlarla savunan ilk Batılı yazardır. Pasif direnişle başlar. "Eğer hükümdarlar, doğru yoldan adım adım ayrılırsa, bu durumda bile onu derhal tümüyle devirmek yerinde olmaz, bunun kötülük yapmaktaki ısrarları apaçık belli olana dek önce sabırla uyarılmalı ve kınanmalıdır".[26] Son tahlilde yasanın dışına çıkan tiranı yasayı uygulayarak öldürmek her insanın görevidir.

> Bir tiranı öldürmek sadece yasal değil, doğru ve adildir de. Her kim ki, kılıç kuşanırsa kılıçla yok edilmeyi hak eder. Böylece ona kimin kendi küstahlığıyla kılıcı gasp ettiği ve kimin kılıç kullanma yetkisini Tanrı'dan almadığı öğretilir. Yasalar haklı olarak kendilerini etkisiz hale getirene karşı silahlanır ve kamu gücü yasaları hiçe saymaya çalışana karşı gazabını gösterir. Hükümdara ve ülkesine karşı işlenen pek çok suç; *lése majesté* arasında hiçbirisi adaletin kendisine karşı işlenen suçlardan daha ağır değildir. Bu sebeple tiranlık salt (halka karşı işlenmiş) kamusal bir suç değildir, eğer böyle bir şey varsa tiranlık, kamusal olmaktan daha ziyade suçtur. Ve eğer *lése majesté* suçlarında herkes savcı kabul ediliyorsa imparatorların dahi üzerinde olan yasalara uymama halinde bu kat be kat geçerli değil midir? Yasa gereğince kimse bir halk düşmanından intikam almaz ancak her kim ki halk düşmanının cezalandırması için uğraşmaz hem kendisine hem de bu dünyadaki *commonwealth*'e [devlete] karşı bir suç işlemiş olur.[27]

---

[25] Ibid., s. 258.

[26] Ibid., s. 85.

[27] Ibid., ss. Lxxiii-lxiv (Policraticus'tan 1.15).

John'un iki karşıt normun birliğini kabul etmesi -her ikisi de ilahi iradeye atfedilen hukuka bağlı hükümet ve zora dayanan hükümet- Batı siyaset biliminin daha sonraki teorilerine bir zemin oluşturmaya yaramıştır. Bu teorilerin karmaşıklığı ve modernliği, John'un koyutladığı ve yaşadığı dönemin çatışmalı politik gerçeklerine tekabül eden karşıt normlar sebebiyle gelişmiştir. Ne var ki, John döneminin gerçekliklerini hiçbir zaman tarif etmemiş ya da onlara atıfta bulunmamıştır. John, papalar ile papa karşıtları, krallar ile tiranlar gibi döneminin önde gelen figürlerini yakından tanıyor olmasına rağmen ya da muhtemelen bu yüzden, eserinde isim vermekten kaçınmış; tespitlerinin döneminin hangi kahramanlarına veya hainlerine uyduğuna karar vermeyi okurlarına bırakmıştır. Hiç şüphesiz aksini yapması onu siyaseten tehlikeye atardı. Bu aynı zamanda esas amacından; yeni yeni beliren seküler devletlerde iktidar ile adalet arasındaki teorik dilemmayı ortaya çıkarma amacından sapması anlamına gelirdi. Ancak güncel meselelere değinmeden siyasi ve anayasal normları gerçekçi biçimde analiz etmek nasıl mümkün olmuştu?

Bu sorun, *Policraticus*'ta on ikinci yüzyıldaki tipik bilimsel yöntemin uygulanmasıyla çözülmüştür. Pek çok güncel mesele, eski Yunan ve Roma tarihinden, Eski Ahit'ten, Roma İmparatorluğu tarihinden ve benzerlerinden alınmıştır. Ne var ki, ele alınan davalar seçkisindeki sorunlar, John'un ve çağdaşlarının Yunanlar, Romalılar, Yahudiler ve diğer atalarının tartıştığı sorunlar değildi. Bu meseleler, on ikinci yüzyılın; üniversitelerde, papalık meclisinde ve İngiltere, Normandiya, Güney İtalya, Lombardiya, Saksonya, Svabya, Fransa, Flamanya, Macaristan, Polonya, İspanya ile Avrupa'nın diğer bölgelerindeki siyasi ve kültürel merkezlerinde tartışılan öncelikli politik problemleri idi. Kuşkusuz, sayısız mesele -çoğunlukla uzun uzadıya analiz edilen olgusal durumlar- eski uygarlıkların edebi kayıtlarında mevcuttu. Bu ilk bakışta tatmin edici görünmeyebilir ancak hiç de öyle değildi. Her ne kadar ele alınan meseleler, eski zamanların, kutsal kitabın ya da Greko-Romen dönemin kostümlerinin içinde olsa da fiili deneyime dayanan, kazuistik ve ampirik-tümevarımsal bir yöntem uygulanmıştır. Sonuç, bir ütopyanın ya da ideal devletin tasvir edilmediği öte yandan ise çürüyen dönemin güncesi olmayan; buna karşılık her ikisinin de özelliklerini taşıyan bir kitaptı. Ampirik-tümevarımsal ve etik-normatif yöntemlerin birleşimi, esasında, *Policraticus*'la sunulan üçüncü ve yeni bir biçim, yeni bir yöntemdi.

Etik-normatif ve ampirik-tümevarımsal yöntemin birleştirildiği *Policraticus*'taki örneklerden birisi, taht boşaldığında yeni hükümdarın nasıl seçileceği sorununun ele alınışıdır. Genel olarak söylenirse, kabilelerin, feodal dönemin ve imparatorluk geleneğinin yönetime geçmeye ilişkin iki temel ilkesi vardı; babadan oğula ve seçim. İdeal çözüm, toplumun ileri gelenlerinin, ölen liderin en büyük oğlunu seçmesiydi. Ancak en büyük oğul ileri gelenlerden yeterli desteği alamadığında sorun var demekti. Bazıları ölenin diğer oğlunu, erkek kardeşini ya da bir kuzenini veya başka bir akrabasını destekleyebilirdi. Bütün hanedana yönelik bir isyan olmadıkça yeni kral adayı, ölen krala kan ya da evlilik yoluyla ne kadar yakın hısımsa, seçme yetkisi olanların desteğini kazanması da o kadar kolaydı.

Papalık Devrimi'nden evvel kilise yetkililerinin bu seçimlerdeki rolü, lâik *magnate*'lerinkinden esas itibarıyla çok da farklı değildi. Piskoposlar ve diğer ileri gelen kilise adamlarının kendileri, imparatorluk ya da krallık konseylerinin üyesi, feodal lordu, hatta kabile veya hanedanın üyesiydi. Ancak ruhban sınıfının denetiminin papalığın elinde toplanmasıyla ve dinî otoritenin seküler otoriteden ayrılmasıyla, kilise krallık seçimlerinde belirgin ve bağımsız bir rol oynamaya başlamıştır. Böylece tahta çıkmayı kuşatan karmaşık unsurlara bir yenisi eklenmiştir.

1159 yılında, Salisbury'li John *Policraticus*'u yazdığı zaman, Normanlar'ın İngiltere'sinde, kendi neslinin tahta çıkmasını güvence altına almaya çok istekli güçlü bir kral tarafından yeni bir hanedan kurulmuştu (1170'te Henry, en büyük oğlu II. Henry'e önceden taç giydirdi, 1172'de yine aynı oğula eşiyle birlikte taç giydirdi). John, Normanların Sicilya'sı (Güney İtalya) ve Capet Hanedanı'nın hüküm sürdüğü Fransa da dâhil olmak üzere diğer devletlerde de kalıtımsal (soya dayalı) yöntemin güçlendirilmeye çalışıldığının tümüyle farkındaydı. John, imparatorun seçimine ilişkin sorunların da farkındaydı. İmparator seçiminde, özellikle 1125 yılından itibaren şöyle bir sistem geliştirilmişti; çeşitli dükalıklardan (çoğu Cermen dükalığı olmak üzere) belli sayıda prens oylama yapıyordu, bir noktada "seçmen" sayısı yediye sabitlenmişti. Yedi "seçmen"den üçü Mainz, Köln ve Trier başpiskoposlarıydı. Ne var ki, seçim genellikle imparatorluk hanedanının lehine sonuçlanıyordu; esasında eğilim imparatorluk tacının ölen imparatorun en büyük oğluna ya da başka yakın bir akrabasına giydirilmesiydi.

On ikinci yüzyılda ve sonrasında hukukçuların -Roma hukukçuları, kanon hukukçuları ve diğerleri- bu meselelere ilişkin söyleyecek bir hayli sözü vardı. Meseleleri, dar başlıklara toplayarak analiz etmeye meyilliydiler; örneğin kalıtımsal yöntemde anne soyuna ve baba soyuna ilişkin kurallar, seçim süreçlerinin geçerliliği ve papa tarafından aforoz edilen yöneticinin meşruluğu gibi. Hukukçular bu meselelerin çoğunu, çeşitli başvuru kitapları ve hukuki öğretiler, gelenekler ve kararnameler ile yaşanmış tarihi vakaların ışığında tartışmıştı.[28]

Policraticus, tahta çıkmanın hukuki boyutlarını çok derin incelememiş daha ziyade kilisenin müdahalesini gerekçelendirebilmek için seçim usulü ile kalıtımsal yöntem arasında çatışmaya teorik bir çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Örneklemek ya da desteklemek için seçilen "davalar" Avrupa tarihinden alınmamıştır. Mesela Musa'nın ardından seçilen Yuşa'ya (Joshua) dair bir tartışmaya yer verilmiştir. "Musa (Yuşa'nın) herkesin huzurunda seçilebilmesi için bütün sinagogu bir araya toplamıştır ki, daha sonra kimse onun adına gölge düşüremesin". Öte yandan Musa'dan, Yuşa'nın yönetici olmasını isteyen bizzat Tanrı'dır. John, şöyle yorumlar "Burada halk tarafından aile ilişkileri ve kan bağı üzerine kurulan hiçbir değerlendirme, argüman ya da övgü açıkça bulunmamaktadır".[29] Daha sonra İncil'deki başka bir hikâye örnek verilmiştir. Buna göre, Selofhat'ın kızları, babalarının mirasını talep etmek için Musa'nın huzuruna çıkmışlardır. İstekleri "haklıydı zira bir adamın arazileri ve gayrimenkulleri onun akrabalarına miras bırakılır; mümkünse onun kamusal makamları da. Ancak halkın yönetimi, Tanrı'nın seçtiği, yani

[28] Kimileri, ruhbanların katıldığı kutsama töreninin yöneticinin kendi makamında gerçekleştirilen bir ayin olduğunu ileri sürerken; kimileri bunun sadece hükümdarın seçilmesinin onaylanması olduğunu ileri sürmüştür. Benzer biçimde kimileri yöneticinin aforoz edilmesi ya da sapkınlık veya hizipçilik onun yasaya uygun emirlerinin de geçersiz olmasına neden olduğunu savunurken, kimileri bu emirlerin yasaya uygunluğunun, kilisenin cezalandırma kararının olup olmasına değil amaçlarına ve doğasına bağlı olduğunu savunmuştur. Nitekim Gratianus, VII. Gregorius'un yazdığı bir mektupta, kendisinin IV. Henry'e karşı olan davranışlarını Papa I. Zachary'nin III. Childerich'i azledilmesindeki rolünü göstererek gerekçelendirdiğini belirtmektedir. III. Childerich, sonuncu Merovenj kralıdır ve Papa I. Zachary, Frankları, haleflerine yalan yemin etmeden bağlılık gösterebilmeleri için Childerich'e bağlılık yemini etmekten kurtarmıştı. Gratianus'un öğrencisi olan Rufinus, bu meseleyi Childerich'e edilen yeminin koşulları ve özellikle de yeminin kişi olarak krala mı yoksa onun makamına mı edildiği bağlamında tartışmıştır.

[29] Dickinson, *Salisbury*, s. 84.

Tanrı'nın ruhunu barındıran kimseye...Tanrı'nın kararları doğrultusunda yürümüş olan [kimseye] devredilmelidir".[30]

Böylece Salisbury'li John, hükümdarın (prensin) Tanrı tarafından seçilmesi; yani kilisenin onayını kazanmış olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Prens Tanrı'ya bağlı olduğuna göre, aynı zamanda kiliseye; "Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisine"[31] de bağlıdır. Hükümdar, "dinî iktidarın siyasi temsilcisidir"; dünyevi kılıç, dinî otoritenin doğrudan kuşanmak için fazla temiz olduğu "kan dökücü kılıç" kendisine devredilendir.[32]

Ancak *Policraticus*'ta hükümdarın iktidarında kalıtımın önemli bir etken olduğu reddedilmemektedir. "Yeni adamlar lehine, prenslerin kan bağını; ilahi bir vaatle kazanılan hakkı ve ailenin yönetimi kendi neslinden gelenlere devretme hakkını görmezden gelmek" der John "doğru değildir".[33] Seçim de önemli bir etkendir. John, Iustinianus'un *Digesta*'sındaki imparatorun yetkisinin ona Roma halkı tarafından devredildiğinden bahseden ve bu nedenle prensin halkın "temsilcisi" ya da "elçisi" olduğunu söyleyen ünlü bir pasaja atıf yapmıştır.[34] Yine de bu ilkelerin herhangi birisinin mutlaklığını reddeder. Kalıtım, tacı giymeye dair bir karine yaratır ancak seçimle desteklenmesi gerekirdi, öte yandan dinî otoritenin -papalığın- tacın giyilmesinde ağır basan bir menfaati varsa kilisenin sözü belirleyiciydi. Özetle bu hususta verili bir durumda ne yapılacağına dair teori, krallık makamının kalıtımla, seçimle ya da başka bir yolla Tanrı'dan kaynaklandığı tezi üzerinde temellenmiştir.[35]

Yukarıdaki örnek, on ikinci yüzyılın skolastik düşüncesinin özelliği olan karşıtların sentezini göstermektedir. Daha önemlisi etik-normatif akıl yürütme ile ampirik-tümevarımsal akıl yürütmenin nasıl bir araya getirildiğini örneklemektedir. Etik-normatif akıl yürütme açıktır: Birincisi, prens Tanrı'nın yolunda olmalı ve ilahi emirlere itaat etmelidir. İkincisi, eğer ilahi emri yorumlamakla sorumlu en üstün güç olan papa, tahta aday olan bir kimsenin bir din sapkını, hizipçi ya da başka bir biçimde kilisenin düşmanı olduğuna karar verirse, o aday, kalıtım ya da seçim so-

---

[30] Ibid.

[31] Ibid., s. 65.

[32] Ibid., s. 9.

[33] Ibid., s. 84.

[34] Ibid., s. xliii.

[35] Ibid., s. 191.

nucunda hak iddia etse bile tacı giymeyecektir. Ampirik ve tümevarımsal akıl yürütme ise daha belirsiz ama oradadır. Her şeyden önce, bütün açıklamalar, on ikinci yüzyılda ve sonrasında Avrupa'da tacın devrini belirleyen gerçekliklerle ilişkilidir: kalıtım, seçim ve papalığın müdahalesi.[36] İkincisi John'un somut örnekler için İncil'e, Yunan ve Roma literatürüne başvurması, *Policraticus*'a sonuç çıkarmaya elverişli geniş bir ampirik temel vermiştir. Siyaset teorisi açısından Avrupa'nın güncel olayları nesnel biçimde analiz edilemeyecek kadar göz önündeydi; nesnel olarak ancak *hukuk* teorisi açısından analiz edilebilirlerdi. Çünkü analiz edilecek örnekler yüzeyseldi ve en nihayetinde metinlerle sınırlıydı. Güncel vakalar ise son derece karmaşıktı; haklarında çok fazla şey biliniyordu ve bu nedenle de sadeleştirilmeleri çok güçtü. John ve çağdaşları bakımından antikiteden alınan örnekler daha ziyade modern siyaset teorisyenlerinin diğer kültürlerden aldığı örnekler gibiydi. Bu örnekler bir tür evrensel antropolojik bağlam sunuyordu.

Skolastik ampirik gerçekliklere uygun (1) genel kavramların kullanılarak (2) karşıt normların sentezlenmesi (3) çabasıyla yakından ilişkili dördüncü bir usul, ilk defa Salisbury'li John tarafından seküler politik kurumların incelenmesinde uygulanmıştı. Bu da inceleme konusunun tamamını bir bütün olarak ele alma, entegre bir sistem olarak değerlendirme ve bütünü organik terimlerle; bir gövde olarak tasvir etme çabasıydı.

Avrupa düşüncesine seküler politik düzenin organik teorisi ilk defa *Policraticus*'la girmiştir. *Policraticus* hükümdarlığın; her teritoryal yönetimin bir başın yönettiği bir gövde olduğu metaforunu ayrıntılarıyla sunan ilk Avrupalı çalışmadır. Hükümdar başa, senato kalbe, yargıçlar ve bölge yöneticileri gözlere, kulaklara ve dile; askerler ellere; toprağı işleyenler ayağa benzetilmiştir. Bu analoji, kralın hazinesinin mâli memurlarını ve muhasebecilerini mideye ve bağırsaklara benzetecek denli ileri gitmiştir. Öyle ki "eğer aşırı hırsla tıkınırlarsa ve biriktirdiklerini ısrarla tutarlarsa tedavisi mümkün olmayan sayısız hastalığa yol açarlar; bu durumda da onların hastalığı nedeniyle bütün vücut yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalır".[37] Benzeri metaforlar eski Yunan siyasi düşüncesinde de bulanabilir ve Salisbury'li John, bu meta-

---

[36] Ibid., s. 65.

[37] Ibid.

forlara en azından Plutarkhos'tan aşinaydı ve ondan almıştı. Bununla beraber *Policraticus*'taki organik metafor ayırıcı özelliklere sahipti. Bunlardan birisi, yayılma, ikincillik, hiyerarşi, geri bildirim, denetçi ve program gibi kavramlarıyla modern sistem teorisini (dizge kuramını) andırmaktadır.

Organik metafor hükümetin yani siyasi yönetimin insan için doğal olduğunu; zorunlu olarak topluma güç kullanarak dayatılan ya da bir anlaşma[38] veya sözleşmeden kaynaklanan bir şey olmadığını belirtmektedir. Bu iki seçenek, güç teorisi ile sözleşme teorisi, Stoacılar ve kilise babaları tarafından öne sürülmüş; on birinci ve on ikinci yüzyıllardan önceki Batı siyasi düşüncesine hâkim olmuştur.[39] Her ikisi de özünde değişmeyen bir insan doğası varsayımına dayanmaktadır. Stoacı ve patristik düşünce, insanın başlangıçta cennette veya başka bir yerde erdemli bir şekilde yaşadığını; İsrail'de patriarklar, Musa ve yargıçlarla birlikte yaşadıklarını farz etmişlerdir. Ne var ki, insan doğuştan günahkâr olduğu için yüce bir hukukla ve iyilikle yönetilme hakkından mahrum bırakılmıştır. Pozitif düzenlemeler, insana zorlayıcı monarşik hükümet tarafından dayatılmıştır ya da iç savaş nedeniyle, gönüllü olarak bir tür sözleşme ile monarşik yönetime rıza göstermiştir. İster kuvvete başvurularak olsun ister sözleşme yoluyla siyasi yönetimlerin, insanların uyum ve barış içinde ya-

---

[38] Kompakt teori, esasında toplumsal sözleşme teorisi ile aynı olmakla birlikte daha sonra ABD'li siyasetçilerce benimsenmiş ve federal anayasaları ve federal devlet örgütlenmesini açıklamak için kullanılmıştır -ç.n.

[39] Carlyle, *Medieval Political Thought,* I, 63-70, 125-131. 1080'ler kadar geç bir dönemde, papalık imparatorun iktidarına karşı çıkmak için anlaşma teorisine başvurmuştur. "Uyruklarına zalimlik eden tiran" karşısında denmiştir, "halkı onun lordluğundan ve ona tabi olmaktan kurtulmuştur çünkü açıktır ki onu bulunduğu yere getiren anlaşmayı ilk onun ihlal ettiği açıktır". Lautenbachlı Manegold'dan aktaran Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300* (Englewood Cliffs, N.J., 1964), s. 79. Manegold buradan devam ederek şunu söylemektedir. "Kabaca bir örnekle, eğer bir adam birisini, iyi bir ücret karşılığında domuzlarına bakması için tutarsa ancak tutulan kimse, domuzları çalar, onlara zarar verir ve öldürürse; domuzların sahibi üzerinde anlaşılan ücreti vermeyecek ve karşı tarafı, ona haddini bildirerek görevinden uzaklaştırmayacak mı?" Manegold'a göre (s. 80) "O halde kimse kendi kendisini imparator ya da kral yapamaz, halk birilerini; haklı otoritesiyle herkesle bölüşme, iyiliği koruma, kötülüğü önleme amacıyla kural koyması ve yönetmesi için o mertebeye yükseltir. Ancak seçilme sebebi olan anlaşmayı ihlal ederse… akıl haklı olarak, onu halka halkı da ona bağlayan karşılıklı sadakat yükümünü ilk ihlal eden o olduğu için halkını kendisine itaat görevinden kurtarmış olduğunu söyler. Salisbury'li John, papalık devriminin destekçisi ve tiranlık düşmanı ise de bu "sol-kanat" argümanını savunmamıştır.

şama arzularından ziyade insanın günahkârlığı sebebiyle ortaya çıktığı düşünülmüştür.

Policraticus'ta yer alan organik siyasi iktidar kavramı ve siyasi iktidarın doğallığı anlayışı, Stoacı ya da patristik düşünceden ziyade Aristotelesçi düşünceye yakındır. Her ne kadar Salisbury'li John, Aristoteles'in *Politika*'sına aşina olmasa da, Aristoteles'in siyasi toplumun doğanın yasalarına, akla tabi olduğunu ve aklın ya da doğanın da kralın adalet ve hakkaniyete göre yönetmesi gerektiğini buyurduğu yönündeki görüşünü paylaşmaktadır. Bu bakış açısı *Policraticus*'ta açık; siyasi beden (*body politic*) metaforunda örtüktür.

Bu metafor, siyasi topluluğa dair teritoryal bir anlayışı da desteklemektedir. Aynı zamanda klasik Yunan düşüncesindeki organik birlik ve yönetenlerle yönetilenler arasındaki doğal iş bölümü anlayışlarına da uygundur. Bu kavramlar, Batı toplumu kabilesel, yerel, feodal modeller ve kutsal imparatorluk düzenlerinden iyice merkezîleşmiş hükümetleri olan geniş, birleştirilmiş teritoryal yönetimlere doğru hızla ilerledikçe daha yerinde hale gelmiştir.

Yine de Aristoteles'in ve eski Yunana ait diğer kavramların, Salisbury'li John ve çağdaşlarının eski Yunanlılardan bahsederken kastettikleri ile aynı anlama geldiğini varsaymak hata olacaktır. Aristoteles'in siyaset teorisinin *Politika*'nın ilk paragrafında açıkça ifade edilen öncülü -yani insan hayatının en yüce ereğinin siyasi topluluğun ortak menfaati olduğu-[40] Orta Çağ'ın Hıristiyan düşüncesinde ancak Aristoteles'e çok yabancı gelecek bir dizi yeniden yorumla kabul edilebilirdi. *Policraticus*'ta siyasi topluluğun Tanrı'nın hükmü altındaki insanların ruhlarının kurtuluşuna bağlı olduğu sorgusuz sualsiz kabul edilmiştir. Salisbury'li John, Aristoteles'in "doğa"sını, ilahi iradenin bir aracı olarak anlamıştır; Aristoteles'in "akıl"ını ise ilahi vahyi kanıtlayan bir kiplik olarak almıştır. Bunlar, Aristoteles'in düşüncesi ile ancak güçlükle ve yüksek düzeyde bir soyutlama ile uzlaştırılabilirdi. John'dan bir yüzyıl kadar sonra Aquinalı Thomas, seküler natüralizm ile dinî natüralizmin -her ikisi de *insan* doğasıyla ve özellikle de insanın *ahlaki* ve *rasyonel* (akılcı) doğası ile ilgili olduğu için- farklı başlangıç noktalarından da olsa benzer sonuç-

---

[40] Aristotle, *Politics*, 1.1. in *The Basic Works of Aristotle*, ed. Richard McKenon (New York, 1941), s. 1127.

lara götürdüğünü göstermeye çalışmıştır. Ancak başlangıç noktalarındaki farklılık, asla silinemez ve kendisini daima hatırlatır.

Salisbury'li John'un teorisinin bir başka boyutunun Yunan düşüncesi ile uzlaşması ise sadece zor değil aynı zamanda ona tamamen zıt olduğu için imkânsızdır. Buna göre Tanrı kendisini iki karşıt toplulukta aynı zamanda ve aynı yerde göstermektedir. Zira her Hıristiyan ikisiyle de birlikte yaşamaktadır; birisi dünyevi iktidarın yönettiği topluluk, diğeri ise dinî iktidarın yönettiği topluluk. Bunlar iki ayrı siyasi topluluktur. Yine de dünyevi topluluk -hükümdar ve uyrukları- aynı zamanda kilise topluluğunun da üyesidir ve kilisenin otoritesine de tabidir. Daha da önemlisi kilise bu dünyaya ait olmayan ruhani bir topluluk niteliğini taşırken, siyasi bir boyutu da vardır. Kilise de bir baş, bir hükümdar yani papa tarafından yönetilen bir gövdedir ve ruhani menfaatlerin peşinden giderken ister istemez dünyevi, yani seküler işlere de karışmaktadır.

Böylece klasik Yunan metaforu olan siyasi beden ve iktidarın kaynağının doğa ve akıl olduğunu söyleyen Aristotelesçi yaklaşım, Salisbury'li John tarafından tamamıyla Yunan-olmayan ve Aritotelesçi-olmayan bir tarihsel bağlamda kullanılmıştır. Aristoteles'e göre, siyasi topluluk verili bir yerdeki insanların toplumsal hayatının tamamı anlamına gelir ve iki kısıma ayrılır; kilise ve seküler yönetim (krallık da olabilir, dükalık da kent de ya da imparatorluk da). Gerçekten de Batılı düşünürler, seküler topluluğu bir gövde olarak ancak Papalık Devrimi Batı'yı kilise yönetimi ve seküler yönetim olarak böldükten sonra tasavvur edebilmişlerdir.[41] Papalık Devrimi'nden önce kutsal imparatorlar veya krallar tarafından yönetilen siyasi topluluk, kilise ile iç içe geçmişti. Eski Yunan'daki anlamı ile ne birisi bedendi ne her ikisi birlikte. Hıristiyan topluluğuna gelince, mistik bir anlamda beden olarak; İsa'nın ruhani bedeni olarak adlandırılıyordu. Nitekim Aziz Augusitine'e göre, papazlar ve piskoposlar aynı iki devlette - dünyevi ve gökyüzündeki- günahkârlar ve diğer azizler gibi birlikte yaşıyorlardı ve her iki devlet de organik bir siyasi varlık değildi. Eski Yunan'ın organik teorisinin Batı siyaset bilimine ilk gelişi, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Batı Hıristiyanlığı'nın kilise ile seküler yönetimler olarak ayrılmasından sonra idi, o zamanda teori ancak yarısına, seküler kısmına uygulanmıştı.

---

[41] Ladner, Aspects of Medieval Thought", ss. 411-416.

Aslında, Salisbury'li John'un ve dönemin diğer yazarlarının, Yunan düşünce biçimlerini uyguladıkları koşullar, bu düşünce biçimlerinin ortaya çıktığı koşullardan öyle farklıydı ki, John'un ve diğerlerinin bunları uydurabilmeleri dahi inanılmazdı. John, Aristoteles'in tamamıyla tuhaf bulacağı bir durumu; birçok krallığın, prensliğin, feodal bölgenin, kentin ve diğer özerk seküler yönetimlerin merkezîleşmiş bir kilise devletinde nasıl bir arada var olabildiğini açıklama derdindeydi. Bu durumu, -kısmen Aristoteles'ten, kısmen Stoacılardan, kısmen diğerlerinden (Roma, Yahudiler, kilise babaları, Bizans ve Franklardan) alarak- normatif ve ampirik terimlerle yorumlanan bir teori inşa etmek ise John'un dehasının ürünüydü.

Roma Hukukçuları ile Kanon Hukukçularının Teorileri

Salisbury'li John, döneminin bir yandan çağın gerçekliklerine uygun bir hukuk ve iktidar teorisi geliştirmek için bir yandan da iktidarın keyfi kullanımını sınırlamak için aynı Herkül-benzeri çabayı harcayan Roma hukukçuları ile kanon hukukçularının yazdıklarından hayli etkilenmiştir. Ancak hukukçular, John'a kıyasla yetkin metinlerle daha yakından çalışmış ve pratik çözümler bulunabilecek sorunlara daha çok odaklanmışlardır.

Roma hukukçuları, Iustinianus'un yeniden keşfedilen çalışmalarını da kapsayan klasik ve post-klasik Roma hukukunu çalışma alanı olarak almış ve felsefe ve teolojiden olduğu kadar kanon hukuku ile yeni ortaya çıkmakta olan feodal hukuk, kent hukuku ve kraliyet hukukundan da devşirdikleri kavramlarla zenginleştirmişlerdir. Roma hukuku metinlerinde herhangi bir açıdan siyaset ya da hukuk teorisi çok az yer almaktadır. Metinler, dağınık atıflarla yer verilen akıl, adalet, hakkaniyet ile imparatorun ve ona tabi *magistrate*'lerin yetkilerini içermektedir; ki bunlara da çok az yer verilmiştir. Nadiren de "adalet herkese hakkını teslim etmektir" ya da "hükümdarın keyfiyeti kanun hükmündedir" gibi çok geniş ilkeler çok kısaca tartışılmıştır. Daha sıklıkla ise böyle geniş atıflar özgün hukuk kuralları ile ilişkilendirilmiştir. Örneğin Gaius'a atıfla, doğal akla göre herkesin bir saldırıdan korunmak için kendisini savunmasının hukuka uygun olduğu söylenmiştir. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca, bu metinleri öğrenenler -*glossatorlar*- bunları, konum, karakter ve siyasi iktidarın sınırları ile ilişkili genel kavramlara ulaşılabilecek bir yolla bir araya getirmiştir.

Kanon hukukçuları da aynı görevi üstlenmiş ancak otorite kaynakları bakımından kendilerini daha az sınırlandırmışlardır. Her ne kadar Iustinianus'un metinlerini kullanmakta tereddüt etmeseler de teorik meselelerde önce diğer kaynaklara bakmayı tercih etmişlerdir: On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kilise konsülleri tarafından yayınlanan pek çok kanon, o dönemde papalık meclisi tarafından çıkarılan sayısız yasa, görülen davaların materyalleri, Gratianus'un dizgeleştirdiği *jus antiquum,* Abelardus'un, Peter Lombard'ın ve diğer teologların yazdıkları, kilise babalarının yazmaları ile Eski ve Yeni Ahit. Kanon hukukçuları en az Roma hukukçuları kadar teknik olabilirdi; Roma hukukçuları da en az kanon hukukçuları kadar felsefi yaklaşabilirdi ancak genel olarak bakıldığında kanon hukukçuları, Roma hukukçularına kıyasla daha geniş bir fırçayla boyama eğilimindeydi. Her iki grupta da tartışmalı sorunlarda fikir birliğine ender rastlansa da kilise ile seküler otoritelerin yetkilerini tahlil ederken kanon hukukçuları kilisenin iddialarını Roma hukukçularının yaptığından daha istikrarlı biçimde destekleme eğilimindeydi.

Roma hukukunun siyaset teorisine uygulanışının muazzam örneklerinden birisi, dönemin büyük Roma hukukçusu Azo'nun (1150-1230) Roma hukuku metinlerinde yer alan *iurisdictio* ve *imperium*'u egemenlik kavramına dönüştürmesidir. [42]

Digesta'ya göre "*iurisdictio* çok geniş bir makamdır; zira malların mülkiyetini verebilir, devredebilir, vasisi olmayan yetimlere vasi atayabilir, davaların yargıçlarını belirleyebilir". Bu, Iustinianus'un Roma hukukunda *iurisdictio*'nun en yakın tanımıdır. Diğer metinlerde *iurisdictio*'nun olduğu koşullar, o koşullarda neden var olduğu gibi örnekler verilmiştir. Örneğin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme yetkisine ancak bazı mahkemelerin başkanlarının ya da başka bir biçimde yargı yetkisini elinde bulunduranların sahip olduğu belirtilmiştir. Başka deyişle, özel kişilerin kendi aralarında yaptıkları anlaşma ile *iurisdictio* yaratılamaz. Bir başka hükümde *iurisdictio*'ya sahip olan kişinin bunu ailesi ya da arkadaşları üzerinde uygulamaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine bir başka metne göre, bir prokonsül (bir tür eyalet valisi), *plenissima iurisdictio*'ya (tam yargı yetkisine) ve nihayetinde kendi bölgesinde her amaca uygun olan ve sadece impara-

---

[42] Bkz. Myron P. Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600* (Cambridge, Mass., 1941), ss. 15-36.

torun hepsinin üstünde olduğu *maius imperium*'a (en yüksek yönetim yetkisine, egemenliğe) sahiptir.[43]

Imperium (hâkimiyet) da Iustinianus'un hukuk kitaplarında tanımlanmamış; uygulanışına dair ancak *imperium* ve *iurisdictio*'nun kimi zaman birbirlerinin yerine kimi zaman da birbirlerinden ayrılarak kullanıldığı örnekler verilmiştir. *Imperium*'un üç türünün olduğu belirtilir: (1) *Maius imperium* (en yüksek yönetme yetkisi), sahip olan kişiye kendi bölgesindeki herhangi bir meselede nihai yargı yetkisini verir. (2) *Merum imperium* (salt yetki), örneklerinden birisi büyük suçlarda ölüm cezası verme yetkisi vermesidir. (3) *Mixtum imperium* (karma yetki) medeni hukuk davalarındaki yargı yetkisi örnek olarak verilebilir. Her *iurisdictio* en azından makul ölçüde zorlama içermektedir. Ölüm cezası gerektiren suçlara dair yargı yetkisi, hâkimiyetle eşit konumdadır.[44]

Bu hayli kaotik manzarayla karşılaşan Azo, selefi Roma hukuku biliminin kurucusu Irnerius'tan (1060-1125) alıntı yaparak ve *Digesta*'nın *iurisdictio*'yu tanımlamakta yetersiz kaldığı bölümlere dikkat çekerek başlamış ve sadece buradan örnekler vermiştir. Ardından bütün örnekleri kapsayacak bir tanım önermiştir. *Iurisdictio,* der Azo, kamusal olarak ihdas edilmiş hüküm verme, adaleti sağlama yetkisi ve görevidir. Tanımını etimolojiden çıkarmıştır; ona göre *ditio* (*dictio*) yetki (*potestas*) anlamına gelir (yani söz söyleme yetkisi) ve *ius, iuris* hak anlamına gelir; "demek ki *iurisdictio* meşru yetki" demektir.[45]

Daha sonra Azo, *iurisdictio*'nun Roma hukukundaki kullanımının dört halini sınıflandırır. Azo burada kaynaklarla bir oyun oynar; kaynakların genel kavramlar sistemine ve özellikle de siyasi iktidarın teorisine zemin hazırladığı varsayılırsa meşru sayılabilecek bir oyun. Oyun, *imperium*'u *iurisdictio*'nun bir türü olarak sınıflandırmaktı. Azo'nun *iurisdictio*'ya dair ilk sınıflandırması, *plenissima* (tam) yargı yetkisiydi ki, sadece hükümdarda bulunurdu; *minus plena* (daha az) *magistrate*'lerin yetkisiydi. Bazı *magistrate*'ler, kendilerinin altındaki *magistrate*'lere oranla *plenissima* yetkiye sahipti. Azo'nun ikinci ayrımı ihtiyari yargı yetkisi ve çekişmeli yargı yetkisi ayrımı idi. Üçüncüsü, genel yargı yet-

---

[43] D.2.1.1 ve 1.16.7.2. Bkz. John W. Perrin, "Azo, Roman Law, and Sovereign European States", *Studia Gratiana*, 15 (1972), 92-94, 97-101.

[44] Perrin, "Azo", s. 93.

[45] Ibid., s. 95.

kisini özel yargı yetkisinden ayırmaktadır; mesela papanın elçisinin tek bir dava türü tevdi edilir. Nihayet Azo dördüncü ayrım olarak salt ve karma *imperium*'u sıralar.

John Perrin'e göre "bunun [sınıflandırmanın] değeri ne kadar öne çıkarılsa azdır... *Iurisdictio* hem *merum* hem de *mixtum imperium*'a ait olamaz. Ancak hükmetmenin bu unsurları, *imperium*'un bu dereceleri daha ziyade *iurisdictio*'nun ayrımlarıdır. *Iurisdictio* özünde bunları barındırır".[46] Sınıflandırmanın hâlihazırdaki değeri üç yönlüdür.

Birincisi, salt hâkimiyet, yani kılıcın gücü, bedensel ceza verme yetkisi, can alma yetkisi Azo'nun teorisinde hüküm verme ve adalet sağlama yetkisine; yargı yetkisine sahip olanlarla sınırlıdır (Azo salt hâkimiyeti, buradaki salt'ın parasal talepler dışındaki herhangi bir davayı işaret ettiğini ileri sürerek şüphelilerin sorgulanması da dâhil olmak üzere ceza usulüne de teşmil etmiştir).

İkincisi, Azo'nun sınıflandırmasına içkin, daha sonra egemenliğin esası haline gelecek olan, yöneticinin yasama yetkisi ve görevi sınıflandırması; yöneticinin hüküm verme hak ve yetkisinin bir boyutu olarak değerlendirilmiştir. Gerçekten de kılıcın gücünün hüküm verme yetkisine sahip olması, hükümdarın savaş yapma hak ve yetkisinin dahi onun hüküm verme ve adaleti sağlama hak ve yetkisinden türeyen bir egemenlik kavramına işaret etmektedir.

Üçüncüsü, kılıcın gücü yargı yetkisinin (*species* anlamında) bir türü olduğu için sadece tam yetkili *magistrate* yani imparator tarafından uygulanabileceği zorunlu olarak doğru değildir. Azo bu yetkinin daha az yetkili *magistrate*'ler tarafından da kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Başka deyişle, Azo, imparatorun iktidarını sadece *imperium* temelinde değil ancak *plenissima* ile *minus plena iurisdictio* temelinde de ayırmıştır. İmparator en üstün hâkimiyete ve tam yargı yetkisine sahiptir ancak diğer *magistrate*'ler de daha az yargı yetkisi ve kılıcın gücü de dâhil olmak üzere salt hâkimiyete sahip olabilirler.

Azo'nun analizi yargı yetkisi ile kralların, prenslerin, belediye başkanlarının ve diğer *magistrate*'lerin -gelecek nesillerin egemenlik diyeceği- hâkimiyetinin, imparatorun hâkimiyetinden ve yargı yetkisinden türemediğinin kabulüdür. Sayılanlar, nicelik olarak imparatordan daha az, fakat onunkinden bağımsız kendi

[46] Ibid., s. 93.

hâkimiyet alanlarına ve yargı yetkilerine sahipti. Bu, cins (*genus*) olan *iurusdictio*'nun bünyesindeki dörtlü ayrımın birisinden oluşan *imperium*'un çeşitli biçimlerinin sınıflandırılmasının, *plenissima* ve *minus plena* ayrımından farklı olduğunu analitik olarak yansıtmaktadır.

Bu yeni sınıflandırmanın ardında elbette egemenlik kaynağına ilişkin daha temeldeki bir anlayış durmaktadır. Azo bütün hükümdarların *imperium*'unun olduğunu çünkü hepsinin *iuirisdictio*'sunun, kendi devletlerinde kanun ihdas etme haklarının olduğunu belirtmiştir. Ancak yasamanın kaynağı doğru muydu? Azo, kaynağın bütünde, *universitas*'ta, *communitas*'ta olduğunu söyleyerek cevaplar bu soruyu. Yargı yetkisi imparatordan aşağıya doğru değil fakat bütünleşmiş topluluktan yukarıya doğru uzanır.

Hukukun Üstünlüğü

Başlangıcından itibaren Papalık Devrimi'ne içkin olan seküler devlet düşüncesi ve kilise ile seküler güçler arasındaki Papalık Devrimi'ni de inşa eden tarihsel mücadeleden doğan seküler devlet gerçekliği, özünde hukuka uygun yönetilen bir devlet düşüncesi ve gerçekliğiydi; bir "hukuk devleti" (*"Rechtsstaat"*).[47] Bunun anlamı öncelikle, münhasır kurumların; kilise ve seküler yönetimlerin her birinin liderlerinin kendi hukuk sistemlerini yarattığı ve sürdürdüğüdür. Yani her biri düzenli olarak yasa çıkarmış, yargı sistemini kurmuş, hükümet birimlerini oluşturmuş ve genelde hukuka uygun yönetmiştir. İkincisi, her iki yönetimin liderleri de kendi çıkardıkları yasalarla bağlıdır; yasaları hukuka uygun olarak değiştirebilirler ancak bunu yapana dek ona itaat etmeleri gerekmektedir -kanun *dairesinde* yönetmelidirler (Bu egemenin yasama erkinin onun yargı erkine tabi olmasında örtük olarak bulunmaktaydı). Bu üçüncü olarak, her yargı çevresinin, yasanın kendisi hukuka uygunsa diğer yargı makamlarının hukuku ile bağlı olması anlamına gelmekteydi. Her devletin bünyesinde çoklu yargı yetkisi mevcuttu. Bu sonuncusu ilk ikiyi alttan destekliyordu. Eğer kilisenin ihlal edilemez hukuki hakları olacaksa, devlet bu hakları kendi üstünlüğünün hukuken sınırlandırılması olarak kabul etmek zorundaydı. Benzer biçimde

---

[47] Bkz. Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N.J., 1970), s. 21.

devletin hakları da kilisenin üstünlüğüne hukuki bir sınır getiriyordu. İki iktidar da ancak hukukun üstünlüğünü tanıyarak barış içinde bir arada var olabilirdi.

Devlet üzerinde hukukun egemenliği anlayışının zorlukları o zaman da açıkça ortadaydı. Bir prens, kendisinin yasal iktidarının diğer egemen yöneticilerin iradesine tabiyse nasıl *imperium*'a sahip olabilirdi? Ya da bugün denileceği gibi bir devlet nasıl egemen olurdu? Bu en zarifinden skolastik bir "çelişkiydi". Daha da önemlisi, verili bir yönetimde hiç kimse yönetimin ister kilisede papa ister krallıkta kral olsun asıl yöneticisine, itiraz etme yetkisine sahip olmadığında hukukun üstünlüğünden ya da egemenliğinden nasıl söz edilebilir?

Gratianus ve halefleri, papanın hukuku ihlal etmesi halinde azledilmesi gerektiğini söylemişlerdir ancak ne papanın hukuku ihlal ettiğini söyleyecek ne de onu azledebilecek daha yüksek bir iktidar vardı. Benzer biçimde kraliyet hukukçusu Bracton da kralın hukuka uymakla yükümlü ve "Tanrı'nın ve hukukun altında" olduğunu, kralın yasayı yapmadığını yasanın kral yaptığını söylemişti. Ancak kralı yargılayacak bir yargıcın olmadığını, krala yasak getirilemeyeceğini, kralın kendi yasalarına itaat etmesi gerektiğini ama yasal olarak bunu yapmaya zorlanamayacağını da belirtmişlerdi.[48]

Bununla birlikte, on üçüncü yüzyılın başlarında Bracton döneminde yazılan *Saxon Mirror*'da (*Sachsenspiegel*) "bir kimse, akrabası yahut feodal lordu bile olsa yanlış yaptığında kralına ve yargıcına direnmeli ve her yanlışı önlemelidir. Bu bağlılık yeminini bozması anlamına gelmez" denmektedir.[49] Keza Aragon'un ünlü yasal formülünde belirttiği gibi, uyruklar krallarına, kral görevlerini icra ettiği sürece itaat etmelidir; "eğer etmezse etmemelidir".[50]

İlahi olarak yetkilendirilmiş müstebit krala, temel yasayı ihlal ettiğinde itaat etmeme hakkı ve görevi, bizzat temel yasanın ilahi olduğu inancına dayanmaktadır. Yasayı krallar ve papalar ya-

---

[48] Bkz. Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory* (Princeton, N.J., 1957) [Türkçesi: *Kralın İki Bedeni: Ortaçağ Siyaset Teolojisi Çalışması*, çev. Ümit Hüsrev Yolsal, Bilgesu Yayıncılık, 2018] ss. 143-192.

[49] Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trans. S.B. Chrimos (Oxford, 1939), ss. 83-84.

[50] Bkz. Ralph E. Giesey, *The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe* (Princeton, N.J., 1968).

parlar ancak yasaları Tanrı'nın vekili olarak yaparlar; "Tanrı bütün yasaların kaynağıdır".

Böylece hukukun üstünlüğü kavramı hâkim dinî ideoloji tarafından desteklenmiştir. Ancak yöneticilerin süregiden politik ve ekonomik güçsüzlükleri ile iktidarların ve yargı çevrelerinin çokluğuyla da desteklenmiştir. Son olarak hukukun üstünlüğü kavramı, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Avrupa'da hâkim olmaya başlayan yüksek hukuk bilinciyle ve hukuki olgunlukla da savunulmuştur. Yasallığın korunmasının sadece adalet, hakkaniyet, vicdan ve akıl gibi soyut ilkeleri değil aynı zamanda İngilizlerin 1215 tarihli *Magna Carta*'sı ile Macarlar'ın 1222 *Golden Bull*'da cisimleşen spesifik ilke ve kuralları da gerektirdiği iyice anlaşılmıştı. Bunlar ve krallar ve feodal beyler tarafından kentlere ve kasabalara verilen özgürlük beratları gibi pek çok belgede, çeşitli sivil, siyasi, ekonomik ve sosyal haklar belirtilmiştir.

Magna Carta'da baronlar ve kilise, kraldan "krallığın genel konseyi"nin -kralın asıl kiracıları- rızası olmadan kararlaştırılan üç istisna dışında vergi ve yardım istemeyeceği sözünü almıştır. Ayrıca "özel hukuk kişileri arasındaki davalar... belirlenmiş bir yerde görülecektir"; "hiç kimse güvenilir tanıklar gösterilmeden sadece suçlama üzerine mahkemeye çıkarılamayacaktır"; "özgür hiç kimse, yasa hükmü olmadan ve memleketin hukuku gerektirmedikçe ...tevkif edilemeyecek, hapsedilemeyecek, haklarından mahrum bırakılamayacak, kanun-dışı ilan edilemeyecek ve sürgün edilemeyecektir"; "hak ve adalet kimseye satılmayacak, reddedilmeyecek ve geciktirilemeyecek"tir; "tacirler savaş zamanı dışında işlerini güvenle İngiltere'de yürütebileceklerdir ve savaşılmakta olan ülkenin tacirlerinin işleri de bizim tacirlerimize de öyle davranıldığı takdirde güvende olacaktır"; "savaş zamanı dışında ve kanun-dışı ilan edilenler ve savaşılmakta olanlar hariç, tacirler güvenle İngiltere'ye girip çıkabilecektir"; "yargıçlar, muhafızlar, şerifler ve icra memurları ve diğerleri sadece hukuku bilenler arasından atanacaklardır".[51]

Benzer biçimde, *Golden Bull*'da da Macaristan kralı II. Andrew krallığın yetkilerine "yüksek ve daha alt seviyedeki soyluların" lehine spesifik sınırlamaların getirilmesini kabul etmiştir. Kral, kendisi ve halefleri adına vermiştir. Buna göre, mahkemeler, belli bir zamanda belirlenmiş bir yerde kurulacaktır; "hiçbir

---

[51] Magna Carta, 17 John (1215), chaps. 12, 17, 38, 39, 40, 41, 42, 45.

soylu, hukuka uygun bir biçimde celb edilip mahkûm edilmedikçe tutuklanmayacak, gözden düşürülemeyecektir"; "[kral] vergi salmayacak, para toplamayacak ve davet edilmeden hiçbir soylunun mülkünü, evini ya da köyünü ziyaret etmeyecektir"; "konseyin rızası olmadan" hiçbir makamı krallığa gelen hiçbir yabancıya bahşetmeyecektir; "makamının saygınlığına zarar vermeyen ya da halkını soymayan hiçbir lord-vekili" rütbesi indirilmeyecek, azledilemeyecek veya tazminat istenmeyecektir. Dahası lord-vekillikleri kalıtımla geçmeyecek, on iki aydan kısa aralıklarla yeni para basılmayacak ve birisi hukuka uygun biçimde cezalandırılırsa, sonuçlarından kaçınmak için hiçbir güçlü kimsenin korumasından yararlanamayacaktır. *Golden Bull* şu sözlerle sonlanmaktadır: "Ayrıca karar verdik ki, Biz ya da Haleflerimiz herhangi bir zamanda bu anlaşmanın şartlarına aykırı davranırsa, başpiskoposlar ve krallığımızın yüksek ve alt seviyedeki soyluları, tek başlarına ya da hep birlikte, hem şimdi hem gelecekte, ihanetle suçlanmadan sözlü ya da eylemli direnmeyi sürdürme hakkına sahiptir".[52]

Yüzyıllar sonra hukukun üstünlüğü kavramı, yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrılığıyla tanımlanmaya başlamıştır.[53] Daha sonraki kavram daha önceki kavramla iki ortak özelliğe sahiptir. Birincisi, güçlerin bölünmesidir; önceki dönemde "güçler ayrılığı" aynı topraklar üzerindeki tek bir yönetimin farklı erkleri arasında olmaktan ziyade aynı topraklar üzerindeki eş zamanlı yönetimler arasındadır. İkincisi, hukuk; siyasi iktidarın mevcut yapısının ötesine geçen bir gerçeklikten kaynaklanmaktadır, hukukun kökleri oradadır. Daha sonraki dönemde, bu aşkın gerçeklik insan haklarında, demokratik değerlerde ve ilgili diğer inançlarda bulunabilir. Önceki dönemde ise ilahi ve doğal adalette bulunuyordu.

---

[52] Golden Bull, chaps. 1, 2, 3, 9, 14, 16, 23, 28. 1222 tarihli Golden Bull'un tam metni için bkz. Henrik Marczali, *Enchiridion Fontium Historiae Hungarorum* (Budapest, 1902), ss. 134-143. Bkz. C.M. Knatchbull-Huegessen, *The Political Evolution of the Hungarian Nation,* I (London, 1908), 19-30.

[53] Lord Dicey'nin Roberto M. Unger'in nitelediği tanımı için bkz. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1976), ss. 273-274. Unger, hukukun üstünlüğünü bir yandan "örf ve âdet hukuku"ndan öte yandan bürokratik hukuk"tan ayırarak "hukuk düzeni" olarak adlandırır. Bu da onu (s. 54) "hukuk düzeni modern Avrupalı liberal toplumla birlikte ortaya çıkmıştır", başka deyişle on yedinci yüzyıla dek ortaya çıkmamıştır biçimindeki hatalı bir bakış açısına yöneltir.

9 | Feodal Hukuk

Feodalizm terimi, ancak on sekizinci yüzyılda kullanılmaya başlamıştır. On sekizinci yüzyıldan önce -aslında on ikinci yüzyıldan itibaren- insanlar, aslen lord-vasal ilişkisinden ya da arazi kirasından kaynaklanan hak ve yükümlülüklere atıfla feodalizm ve "feodal sistem" hakkında değil feodal "hukuk" hakkında konuşmuş ya da yazmıştır. Ancak on sekizinci yüzyıl Aydınlanma dönemi boyunca, vaktiyle lord-vasal ve arazi kirasına dayanan mevcut toplumsal düzenin tamamı ilk defa feodal toplum olarak adlandırılmıştır ve bu toplumun ana özellikleri ayrıcalıklı soyluluk ve tebaa olan bir köylülük üzerinden tanımlanmıştır. Bu tanım on sekizinci yüzyılın Avrupa toplumunun pek çok boyutunu kapsayacak denli de genişti.

Nihayetinde feodalizm terimi, Reform hareketine dek giden daha eski bir ifade ile ilişkilendirilerek kullanılmıştır: "Orta Çağ". Feodalizmin Orta Çağ boyunca Batı'da mevcut olan toplum tipi olduğu söylenmiş, bundan da ötesi Batılı olmayan kültürlerin kendi tarihlerinde "Orta Çağ"a tekabül eden dönemdeki mevcut toplum tipleri için de kullanılmıştır. Bu kullanım, Batılı toplumsal ve ekonomik tarihin belli özelliklerinin diğer toplumların sosyoekonomik düzenlemelerini tanımlamak için de kullanılabileceğine dair etno-sentrik varsayımı örtmektedir. On dokuzuncu ve yirminci yüzyılların pek çok tarihçisi; inanç sistemini, kilise ile seküler otoriteler arasındaki ilişkiyi ve hepsinden önemlisi Batı'nın feodal ekonomilerine eşlik eden hukuki kavram ve kurumları yok sayarak hem Batı'da hem de diğer yerlerde sözüm ona feodalizmin dinamiklerinin çarpıtılmış bir manzarasını sunmuştur. Özellikle üretim ilişkilerini ve biçimini feodal toplumun altyapısı ya da temeli olarak; siyaset, ideoloji ve hukuku üstyapı olarak tasavvur eden Marksist tarihçiler; Batı feodalizminin örneğin Japon ya da Rus feodalizminden neden esastan farklı türde üstyapı kurumları ürettiğini açıklamakta başarısız olmuştur.

Aynı zamanda Marksist altyapı ve üstyapı kategorilerini red-

deden pek çok başka tarihçi de bir yandan Batılı politik, ideolojik ve hukuki kavramlarla kurumların; öte yandan şartlı arazi kirası, lord-vasal ilişkisi ve serflik gibi toplumsal ve ekonomik kurumların kendi aralarındaki etkileşimini sistematik biçimde göstermekte başarılı olamamıştır. Ancak eğer Marx'ın ileri sürdüğü gibi ilk sayılanlar sonra sayılanların sadece yansıması ve araçları değilse, o halde ikisi arasındaki ilişki nedir? "Varlık"ın "bilinç"i belirlediğini söyleyen Marksist teorinin aksine, aralarındaki ilişki gösterilebilir mi? Yahut eğer bizatihi bu kategoriler yanlışsa yerlerine hangi kategoriler konulabilir?

Toplumsal ve ekonomik faktörler arasındaki ilişki bir tarafta; politik ve ideolojik faktörler diğer tarafta, dört yöntemsel kaziyeye dayanılarak berraklaştırılabilir.

Birincisi, hukuki kurumların, sosyal-ekonomik faktörlerle politik-ideolojik faktörleri bölen hatla örtüştüğü dikkate alınmalıdır. Hukuk, Batı toplumunun hem maddi yapısı ("üretim ilişkileri ve biçimi") hem de ruhani hayatının ("politik ve toplumsal bilinç") özsel bir parçası; hem altyapı hem de üstyapı kurumu olarak tasavvur edilmelidir.

İkincisi, feodalizmin değil, fakat incelenen dönemin toplumsal ve ekonomik ilişkileri düzenleyen farklı hukuk türlerinin analizi yapılmalıdır. Bu analiz, sadece bu ifadedeki teknik anlamıyla feodal hukuku; yani tımarların (*fiefs*) ve lord-vasal ilişkilerini (sadakat) düzenleyen hukuku değil; fakat aynı zamanda malikâne (manoryal) hukukunu da yani lord-köylü ilişkisini, malikâne hayatını ve zirai üretimi düzenleyen hukuku da içermelidir. Feodal hukuk ile malikâne hukukunun yan yana konulması, kimi siyasi tarihçilerle hukuk tarihçilerini feodalizmin ana özelliğini; toprağa bağlı tebaa olan köylülüğün varlığını ihmal etmekle suçlayan sosyal tarihçilerle iktisat tarihçilerinin itirazlarının üstesinden gelmeye yardımcı olacaktır. Bu itirazların aşırı genişliğine (ve belirsizliğine) dair karşı iddianın önüne belki iki tip düzenleme arasındaki teknik ayrıma bağlı kalınarak geçilebilir: *fief*lerin ve sadakatin düzenlenmesi ile malikâne ilişkilerinin düzenlenmesi. Bunların ikisi de sosyolojik ve tarihsel olarak çok yakından ilişkili olmalarına rağmen, bugün Batı'da, iş hukuku ve korporasyon hukuku gibi hukukun farklı iki dalıdır.

Üçüncüsü, Batılı feodalizm çalışmalarına, Papalık Devrimi'nden itibaren feodal hukukta ve malikâne hukukunda meydana gelen değişikliklerin incelenmesiyle dinamik bir unsur ek-

lenmiştir. Zira Avrupa'daki Gregoryen Reformu'na ve Atama Mücadelesi'ne eşlik eden büyük sarsıntının, üretim ilişkilerini ve biçimini düzenleyen hukuki düzenlemeleri etkilememesi düşünülemezdi ve gerçekten de Batılı feodalizmin böyle dönemselleştirilmesi, önde gelen sosyal tarihçilerle iktisat tarihçileri tarafından da desteklenmiştir.[1] Marc Bloch feodalizmi; sekizinci yüzyıldan on birinci yüzyılın ortalarına kadar "birinci feodal çağ" ve on birinci yüzyılın ortalarından on beşinci yüzyıla kadar "ikinci feodal çağ" olmak üzere ikiye ayırır. "Bir sözcükle" der Bloch "birbirini izleyen ama birbirinden özsel nitelikleri bakımından çok farklı iki feodal çağ vardı". Benzeri biçimde Georges Duby on birinci yüzyılı Batı feodalizminin ortaya çıkışındaki kritik dönem olarak değerlendirmekte ve feodalizmin bütün Avrupa'da bir sistem olarak kurulduğu 1070'ten 1180'e kadar olan yılları, "büyük ilerlemenin yüzyılı" olarak adlandırmaktadır.

Dördüncüsü, on birinci yüzyılın ortalarından önceki dönemde bir yandan lord-vasal ilişkisi ile *fief*lerin, öte yandan lord-köylü ilişkisi ile malikâne hayatının sistematik yasal düzenlemelere tabi olmadığının; örf ve âdet hukuku da dâhil olmak üzere, geleneklerle hukuki olarak düzenlenmiş olsalar da feodal gelenek ve malikâne geleneğinin tam oluşmadığının ve toplumsal ve ekonomik geleneklere nüfuz ettiğinin ve on birinci ve on ikinci yüzyıllarda meydana gelen hayati değişikliklerin en önemli boyutlarından birisinin hem feodal hukukun hem de malikâne hukukunun ayrışması ve büyük oranda dizgeleştirilmesi olduğunun farkında olunmalıdır. Eğer geç dönem Rus tarihçisi George Vernadsky, Rusya'nın feodalizmi "feodal hukuku olmayan feodalizmdi" demekte haklıysa; on birinci yüzyıldan önceki Batı feodalizminin de "feodal hukuku olmayan bir feodalizm" olduğu söylenebilir. Elbette bu abartılıdır, zira hem Rusya'da hem de Frank imparatorluğunda az da olsa feodal hukuk (ve biraz malikâne hukuku) mevcuttu ancak dizgeleştirilmemişti ve büyük ölçüde yayılmıştı. 1050 ile 1150 arasındaki yüz yılda Batı'da feodalizm yasallaştı, feodal hukuk ve malikâne hukuku ilk defa,

---

[1] Bloch, *Feudal Society*, s. 60; Georges Duby and Robert Mandrou, *A History of French Civilization*, trans. J.B. Atkinson (New York, 1958), s. 59. Ayrıca bkz. Duby, *The Early Growth of the European Economy* (London, 1974). Karş. Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (London, 1973), ss. 14-16; David Herlihy, ed., *The History of Feudalism* (New York, 1970), s. 3.

kendi hayatları olan ve feodal ilişkilerle malikâne ilişkilerinin bilinçli olarak yönetildiği bütünleşmiş hukuk gövdeleri olarak tahayyül edildi.

On Birinci Yüzyıldan Evvel Batı'daki Feodal Gelenek

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında yaşanan büyük alt üst oluştan evvel Avrupa halkları, siyasi olarak gevşekçe ve karmaşık örgütlenmişti; yapısal olarak ise çeşitli birimlerden oluşuyordu: Yerel birimler, kabileler, dükalık ya da prenslik gibi çeşitli kabilelerden oluşabilen geniş topraklar ile 800 yılından itibaren imparatorluk olarak da adlandırılan Frank Krallığı. Krallıklar, teritoryal birimler olarak değil fakat öncelikle bir kralın (imparator) altındaki Hıristiyan halkların topluluğu olarak tasavvur ediliyordu. Kralın da İsa'nın vekili ve kilisenin olduğu kadar soyluların, kabilelerin ve ordunun da başı olduğu düşünülüyordu. Kilise ise siyasi bir birim olarak değil fakat kralın ya da imparatorun doğrudan; Roma başpiskoposununsa geleneğe göre en önemlisi olduğu piskoposlar tarafından dolaylı olarak yönetilen ruhani bir topluluk olarak tasavvur ediliyordu.

Bu genel sınıflandırmada yerelden yerele, lordluktan lordluğa, kabileden kabileye geniş farklılıklar vardı. On birinci yüzyıldan önce Avrupa ekonomisi, büyük ölçüde yerel ve tarıma dayalıydı. İç haberleşme çok sınırlıydı; keşişlerle bazı ruhbanlar ve az sayıdaki tacir dışında ve askerî seferler hariç olmak üzere sadece krallar ve yüksek seviyedeki soylular seyahat ederdi. Yerel birimlerde, merkezî otoritelerin sürekli temsilcisi hemen hemen hiç bulunmazdı; bu yöndeki çabalara genellikle ket vurulmuştur. Sadece iktidar değil kültür de büyük ölçüde dağınıktı. Bir yerin kültürü elli mil ötedeki bir yerinkinden esaslı farklılık gösterebiliyordu.

Bununla birlikte altıncı yüzyıldan on birinci yüzyıla dek olan dönemde Avrupa halklarının siyasi örgütlenmesi, gelişmenin yaygın örüntüsünü ortaya koymaktadır.

En küçük yerel siyasi birimler *villae* (köy) olarak adlandırılıyordu; köyler *centenarii*'lerde ("yüzlük"ler), *centenarii*'ler de *comitatus*'larda (idari bölge, eyalet) bir araya gelmişti. Bu yerel birimler, önce Batı Asya'dan gelen göçebe kabileler Batı'da Roma İmparatorluğu'ndan kalanları yutup, dördüncü, beşinci ve altıncı yüzyıllarda yerleştiklerinde vücut bulmaya başlamıştı.

İkinci tipteki birimler olan lordluklar, bunun hemen ardından

oluştu. Lordlukların sayısı, göçmenler, aralarındaki önemli kimselere "kendilerini emanet edip", onlara yiyecek ve giyecek temin edip düşmanlara karşı koruma sözü verdikçe arttı. Kendisini önemli bir kimseye emanet eden kimse efendinin "adamı" haline geliyordu. Efendinin adamı, onun hanesinde yaşayabilirdi ya da efendi kendisi için çalışması karşılığında ona arazi verebilirdi.

Lordluklar, ayrıca önemli kimselerin, özellikle kabile reislerinin ve kralların, hizmet karşılığında *benefice* (arpalık veya tımar) yani arazi veya başka bir mülk yahut makam veya imtiyaz bahşetmesiyle de ortaya çıkmıştır. *Benefice* terimi, ilk başta görece kolay şartlarla bahşedileni kiralamayı çağrıştırsa da nihayetinde kiliseye hasredilen imtiyazları ifade etmeye başlamıştır. Sekizinci yüzyılın sonunda ve dokuzuncu yüzyılda *benefice* teriminin yerini Cermen *feod* terimi almıştır. Latince'de *feudum*'a dönüşen *feod* (bu nedenle de İngilizce "*feudalism*", Fransızca "*féodalité*") esasında Almancadaki eş anlamlısı *Vieh* gibi büyükbaş hayvan anlamına gelmektedir. Daha sonra taşınabilir değerli eşya, menkul mal (İngilizcede *cattle*'dan türeyen *chattels*) ve nihayet Norman İngilizcesinde *fief* ya da *fee*'den dönüşerek arazi kirası (tımar) anlamına gelmeye başlamıştır. (Nitekim bir avukatın ya da doktorun ücretinden (*fee*) söz edildiğinde, sözcüğün "hizmet etme karşılığında verilen bir çeşit imtiyaz" anlamı sürdürülmüş olmaktadır.)

On dokuzuncu yüzyılda, pek çok tarihçi emanet etme yoluyla ortaya çıkan ilk türdeki lordlukların uzak köklerini, savaşçı liderin çevreleyen güvenilir askerlerden oluşan Cermen kabilelerinin *Gefolgschaft*'ına (maiyet) dayandırmaktadır. Diğerleri ise *fief* bahşedilmesiyle ortaya çıkan ikinci türdeki lordlukların uzak köklerini, geç dönem Roma İmparatorluğu'nun efendi (hâmi) tarafından clientes'e tahsis edilen ve devlete karşı bir derecede dokunulmazlık kazandıran arazilerden oluşan *patrocinium*'a (himaye) dayandırmaktadır. Feodalizmin "Cermen köklerine karşı Romalı kökleri" tartışması olağanüstü bir tutkuyla yapılmıştır, çünkü on dokuzuncu yüzyılın önemli siyasi çıkarları söz konusuydu. Feodalizmin Cermen köklerini savunanlar milliyetçi ve romantikti; Romalı köklerini savunanlarsa kozmopolit ve bireyselciydi. Her iki taraf da en erken dönemlerden itibaren hukukun dizisel (basitten karmaşığa doğru) evrimine inanıyordu ve her ikisi de Papalık Devrimi'nin hafızasını bastırmıştı.

Bugün ne *Gefolgschaft*'ın ne de *patrocinium*'un Papalık Devrimi bir yana Frankların döneminde bile ayakta kalmadığı kabul

edilmiştir. Sekizinci yüzyılın sonları ve dokuzuncu yüzyılda emanet sistemi ve *fief* bahşedilmesi çoğunlukla birleşmişti. Dahası dokuzuncu yüzyılda hizmet etme yükümüyle birlikte ve bağlılık yeminine dayanarak *fief* sıklıkla kiracının -daha sonraki kullanımıyla Keltçe "vasal"ın- mirasçılarına kalıyordu.

Yemin dinî bir törendi. Vasal, başı açık ve silahsız olarak dizlerinin üstüne çöker, ellerini birleştirerek lordun [efendi, süzeren] ellerinin arasına yukarıya yönelmiş biçimde koyar ve kendisinin lordun "adamı" (*homme, homo*) olduğunu beyan ederdi. Onuncu yüzyılda ise iki adamın birbirlerini ağızdan öpmesi yaygın bir uygulama haline geldi. Bu biat ritüeliyle vasal, lordun "ağzı ve elleri olan adamı" haline gelmişti. Ancak törene emanet ve arazi kirası (tımar) ile bağlantılı ikinci bir kısım daha eklenmişti; vasal tarafından edilen dinî bir yemin olan bağlılık (*fealty*) yemini. Vasal, ellerini İncil'in ya da kutsal bir emanetin üzerine koyarak lorduna sadakat taahhüt ederdi (*fides, fidelitas*). Lord da sıklıkla sembolik bir törenle bir nesneyi; bir bayrak, haç ya da anahtarı, tımar vermenin, *fief* bahşetmenin simgesi olarak verirdi. Zamanla her vasal bağlılık yemini eder oldu.

Zamana ve mekâna göre değişen pek çok gelenek olsa da vasallığın biat yemini aracılığıyla *fief*lerle birleştirilmesi Frankların feodal geleneğinin esas niteliği haline gelmiştir. Frank kralları, bir modern tarihçinin dediği gibi bu "*feudo-vassalitic*" (vasalcı-tımar) geleneği kendi hükümranlıklarındaki her bölgeye; Kuzey İtalya (Roma'da aşağısı), İspanya, Macaristan ve Polonya dâhil olmak üzere, taşımışlardır. Sadece İskandinavya, Frizya [Kuzay Hollanda'da bir bölge –ç.n.], ve Hollanda'nın Kuzey Denizi'ne sınırı olan bir kısmı bundan bağışık kalmıştır. İngiltere'de feodal gelenek farklı ancak koşut bir hatta gelişmiştir. Vasallık ve *fief* kurumları biliniyordu ancak daha az sistematize edilmişti ve aralarında aynı bağlantı kurulmamıştı. Ne var ki, 900'lerde Frank İmparatorluğu'nun batısına yerleşen ve Frankların feodal geleneğini soğuran Norveçliler, bu geleneği kendileriyle birlikte 1066'da İngiltere'ye; 1070'ler ve 1080'lerde Sicilya ve Güney İtalya'ya taşımıştır. 1099'da da Haçlılar Filistin'e götürmüş; orada Kudüs Norman Krallığını kurmuşlar ve krallığın Kudüs Kurulu yeni bir serflik, şövalyelik, lordluk ve *fief* modeli yaratmıştır.[2]

---

[2] Bkz. Jean Richard, *The Latin Kingdom of Jerusalem*, vol. A (New York, 1979), 67; burada Kudüs Krallığı "en saf feodal hukuk teorisyeninin hayal edebileceği ütopya"nın kendisi olarak tarif edilmiştir.

Feodal lordluklar ve yerel siyasi birimler (köyler, yüzlükler, idari bölgeler) çoğunlukla yan yana olabiliyordu ve oldu. Bunların her biri, özgür erkeklerin meclisinden oluşan bir mahkeme (İngiltere'de *moot*) olan kendi yönetim organına sahipti. Her meclis köyler, yüzlükler ve idari bölgelerin kamusal sorunlarını görüşmek üzere düzenli aralıklarla toplanırdı. Görüşülen meselelere, bugün cezai ve medeni ihtilaflar olarak adlandırılan sorunları çözmek de (kesinlikle bunlarla sınırlı değildi) dâhildi. Onuncu yüzyılda çoğunlukla malikâne biçimini alan her lordluğun kendi mahkemesi vardı, bu mahkeme özgür erkeklerden ve malikânenin serflerinden oluşurdu ancak köleler meclise dâhil değildi. Malikânenin mahkemeleri de medeni davaları ve ceza davalarını çözerdi.

Frank İmparatorluğu'nun doğusunda ve güneyinde (özellikle Almanya ve İtalya) değil fakat batısında, onuncu ve on birinci yüzyıllarda malikâneler yerel yönetimleri dikkate değer ölçüde yutmuştu. İngiltere'de ise Norman istilasına dek yüzlük ve bölge yönetimleri -malikâne yönetimi var olsa da- hâkim olmaya devam etmiştir. Norman istilasıyla birlikte yüzlük mahkemelerinin büyük çoğunluğu istilacılar tarafından feodal malikânelere devredilmiş; bölge mahkemeleri de büyük ölçüde kraliyet otoritesinin aracı haline gelmiştir.

On birinci yüzyılın başlarında malikâneler, yüzlükler ve bölgelerin üzerindeki seviyelerde hükümetler, iletişimdeki güçlükler nedeniyle zorlanmışlardır. Lordların lordları, (kabile reisleri, dükler, prensler ve diğer önde gelen soylular) sadece ekonominin yerel karakterinin değil, aynı zamanda altıncı yüzyıldan on birinci yüzyılın başlarına dek, Avrupa'daki sabit ya da azalan nüfusun iyice belirginleştirdiği yerleşimin dağınıklığının da kurbanı olmuştur. Roma kentleri gözle görülür biçimde ortadan kalkmış; sadece nüfusu bir kaç bini geçmeyen nüfuslarıyla az sayıda kasaba kalmıştır. Seyahat zordu; bir soylu maiyetiyle birlikte bir vasalın topraklarından diğerine günde ancak yirmi-yirmi beş mil yol alarak ulaşabiliyordu. Soylular için böylesi ziyaretleri yapmak; sadece toprakların yönetimini denetlemek için değil, kendisini ve hane halkını geçindirebilmesi için de gerekliydi. Yiyeceğin mahallinde tüketilmesi gerekiyordu zira yiyeceği merkezî bir yere yollamak son derece pahalıydı. Aynı sebeple dayanıklı tüketim mallarının da mahallinde tedarik edilmesi ve taşınması ya da emanet olarak bırakılması zorunluydu. Bu tacirler

genellikle yayandı, *pieds poudreux* (ayakları tozlu adamlar) çünkü genellikle bir yerde, yerel temsilciler aracılığıyla satış yapmayı mümkün kılacak yeterli müşteri bulunmuyordu.

Krallar ve imparatorlar da seyahat ederek yaşıyordu. Örneğin 1033 yılı boyunca İmparator II. Condrad, Burgonya'dan Polonya sınırına kadar seyahat etmiş, sonra Avrupa boyunca ilerleyerek Champagne'e geri dönmüş, nihayet memleketi Saksonya'ya ulaşmıştı ki, bu mesafe kuş uçuşu bin beş yüz mildi.[3]

Anglo-Sakson Krallığı örneğinde olduğu üzere imparatorluğun dışında kalan krallıklar gibi, imparatorluğun da neredeyse merkezî yönetimi, merkezî vergi sistemi, merkezî yargısı ve yerellerde temsilcileri yoktu. Krallar ve imparatorlar, hâkim oldukları topraklara ziyaret turlarını yaparken çoğunlukla kendi hükümetlerini ve hane halklarını beraberlerinde taşırdı.

Daima hareket halindeki gezgin imparator ya da kral ve zamanlarının çoğunda seyahat eden gezgin dükler, kontlar, prensler ve diğer yüksek seviyedeki soylular ile dağınık malikâne ve köylerde yerleşik ve sabit tarım nüfusunun hikâyesi, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda feodal geleneğin feodal hukuka dönüşümün analizini neredeyse tamamlamaktadır. Ancak analizde eksik olan bazı bakımlardan en önemlisi olan askerî boyuttur.

Aslında, on birinci yüzyıldan önceki bütün dönem boyunca savaş, imparatorların, kralların ve soyluların baskın gündelik uğraşıydı. Avrupa periferisine sürekli saldıran Norveçliler, Sarakenler ve Macarlar, merkezi ele geçirmeye daima hazırdı.[4] Avrupa'da ise kabileler arasında bitmeyen savaşlar sürüyordu. Çeşitli kabilelerin ve teritoryal birliklerin liderlerini, bir "halk ordusuna" yani imparatorluğun ordusuna piyade asker yollamaya ikna etmeye çalışan Karolenj kralları, kısmen başarılı olmuştu. Benzer biçimde, Anglo-Sakson kralları da genel olarak zorla askere almaya (*fyrd*) bel bağlamışlardı. Ne var ki, bunlar daimî ordu olmaktan ziyade acil durumlarda çağrılacak yedeklerdi. Zaman içinde insanların ezici çoğunluğu kendilerini askerden ziyade köylü olarak görmeye başlamış; zorunlu askerliğe direnmiştir. Kilise de onları desteklemiştir. Onuncu ve on birinci yüzyıllardaki Cluny Reformu ile de ruhbanların ve köylülerin askerlikten muaf olacağı "Tanrı'nın Barışını" ilan etmiştir. Madalyonun öteki

---

[3] Bloch, *Feudal Society*, ss. 62-63.

[4] Bu işgallerin olağanüstü bir analizi için bkz. ibid., ss. 3-56.

yüzüne gelince aslında köylüler, piyade olarak askerî değerlerini atlı askerlerle (sipahi, süvari) birlikte giderek yitirmişlerdi.

Frankların askerî tarihinde atlı askerlerin ortaya çıkışının hayati önemine dair muhtelif açıklamalar yapılmıştır. Sekizinci yüzyılda İspanya ve Fransa'da savaşılan Arap düşmanların varlığı önemli bir faktördü. Doğu'daki Avrasyalı kavimlerden üzengi ve at nalının ithal edilmesi de önemli bir rol oynamış gibi görünmektedir. Elbette toplumsal çevrenin de başka etkileri olmuştu. Her durumda feodal geleneğin sonuçları son derece önemliydi. Bir sipahiyi donatmak aşırı pahalıydı, onu taşıyabilecek attan bahsetmeye bile gerek yok. Bu zamana kadar hemen her asker kendi kendisini donatmak zorunda kaldığı için, bir adamın, savaş atıyla zırh temin edebilmesi, çok zengin bir adam olmasını gerektirirken bir de bunların nasıl kullanılacağını öğretmek için gerekli boş vakti olan bir adamın varlığı şarttı. 1000 yılında bir şövalyenin sadece zırhı, iyi bir çiftlik arazisini satın alabilecek tutardaydı.[5]

Sekizinci, dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda Frank imparatorluğunda aşama aşama atlı askerlerden oluşan ve tek görevleri çatışmalarda lordlarına hizmet etmek olan savaşçı bir sınıf, şövalyeler (Latince *milites,* Fransızca at anlamına gelen *cheval*'den chevaliers, Almanca at binicisi anlamına gelen *Ritter*) ortaya çıkmıştır. Köylülere ise savaş halinde nadiren -acil durumlarda savunma için- başvurulmaya başlamıştır ancak köylülerin şövalyelere malzeme ve erzak ile atlara yiyecek sağlamaları gerekmekteydi. Onuncu yüzyılda savaşçı şövalyelerin geçimi genellikle, tepelere inşa edilen, çapulculardan korunmak için hendeklerle çevrelenmiş iki katlı ahşap şatolarındaki lordları tarafından sağlanırdı, hendekler yağmaya karşı inşa edilmiş tabyalardı.

Böylece şövalyeler, Avrupa'nın her yerinde olmasa da pek çok bölgesinde askerlik sanatını âdeta tekellerine almıştı. Aynı zamanda vasallık uygulamasıyla beraber şövalyeler, (1) tımar sistemi ile (2) yönetim sistemine dâhil olmuşlardır. Bu durum, kendisini çeşitli biçimlerde göstermiştir. Bir lorda bağlılık yemini eden şövalyeler, birilerine *fief* verebilir ve böylece kendileri lord [süzeren] olabilirdi. Eğer söz konusu *fief,* bir malikâneyi ve serfleri de kapsıyorsa, şövalye hem süzeren hem de yönetici [mutasarrıf] olurdu. Ancak çoğunlukla şövalye, savaşa hazır biçimde

---

[5] Duby and Mandrou, *History of French Civilization,* s. 43.

lordun maiyeti olarak hizmet verirdi. Şövalye doğrudan kendi lordu için savaşabilirdi ya da lordu, *fief*'e bağlı olan feodal yükümlülüklerini yerine getirmek için onu, kendi lorduna (lordun lordu için savaşmak üzere) gönderebilirdi. Bir şövalye ailesinin idame ettirilmesi yükümlülüğünü getiren *fief*, "şövalyenin ücreti" olarak adlandırılırdı. Bir lordun kendi lorduna bir ya da iki şövalye sağlamasını gerektiren *fief*'e, "şövalyenin hizmetinde" denirdi. Şövalyeliğin askerî önemi, onuncu ve on birinci yüzyıllarda arttıkça Avrupa'da giderek daha fazla toprak, şövalyenin hizmetine girmiştir.

Ekonomik terimlerle bakıldığında on birinci yüzyılda bir şövalyenin hane halkına yapılan harcamaların değeri on beş ilâ otuz köylü ailesine denkti. Bu, bir lordun bir atı donatmak, şövalyeye zırh sağlamak ve profesyonel bir savaşçının ve ailesinin geçimini sağlayacak refahı yaratmak için ihtiyaç duyduğu köylü sayısıydı. Bu nedenle, pek çok yerde üretici gücünün çoğunluğunu oluşturan köylülerin ekonomik ve yasal olarak toprağa bağlı olduğu malikânelerin yayılmasının, şövalyeliğin Avrupa'da yayılmasına eşlik etmesi tesadüf değildir.

Feodal Hukuk Sisteminin Ortaya Çıkışı

İ.S. 1000'den 1200'e kadar, en çok da 1050'den 1150'ye kadar, Avrupa'daki feodal düzenlemeler esaslı değişikliğe uğramıştır; bu değişiklikler şöyle sıralanabilir: 1. Nesnellik 2. Evrensellik 3. Vasal ve Lordların [Süzerenlerin] karşılıklı hakları 4. Katılımcı Yargılama 5. Bütünleşme 6. Büyüme

NESNELLİK VE EVRENSELLİK

Bu dönemde, daha evvel anlamları bakımından görece keyfi ve gevşek; yerel uygulamada ise çeşitli ve ayrımcı olan feodal düzenlemeler, daha nesnel ve kesin ve daha tek yeknesak ve genel hale gelmiştir.[6]

Örneğin, dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından başlayarak özellikle Fransa ve İspanya'da, bir vasalın mirasçısı, onun ölümünden sonra konumunu devralırdı. Bununla birlikte, o dö-

---

[6] Bkz. Herlihy, *History of Feudalism*, ss. xiv-xv. Duby and Mandrau, *History of French Civilization*, s. 47'de, on birinci yüzyılın başlarından itibaren erkeklerin açık bir farkındalık kazanmaya [biatın ortaya çıkardığı görevlere dair]" zorlandığı belirtilmiştir. Ayrıca bkz. Bloch, *Feudal Society*, ss. 219-224.

nemde *fief*lerin "miras bırakılabilirliği"nin çok şüpheli olduğu da söylenebilir. O dönemde, *teamül*e (davranış örüntüsü) göre, bir vasalın ölümü üzerine, lord yeni bir törenle vasalın mirasçısına *fief* bahşederdi, tabii mirasçı biat etmeye gönüllüyse. Sonradan bu teamül, davranış *norm*u olarak içselleştirilmiştir, öyle ki, lordun bu törenden kaçınmasının geleneksel normun (örf ve âdet hukuku normunun) ihlali olduğu düşünülmüştür. Yine de örf ve âdet hukukunun bu normu her koşulda ve her yerde mevcut değildi. Gerçekten de dokuzuncu ve onuncu yıllar boyunca Avrupa'nın feodal geleneği (davranış örüntüsü ve davranış normları, teamül olarak gelenek ile örf ve âdet hukuku da dâhil olmak üzere) oldukça farklıydı. Ancak hiç şüphesiz bütün bağlılık yeminlerine bir *fief* bahşedilmiyordu ya da bütün *fief*ler "lordun ağzı ve elleri olmayı" ihsan etmiyordu. Bahşedenin iradesine göre sona erdirilebilen düzenlemeler varken pek çok *fief* hâlâ hizmet değil ücret mukabilinde veriliyordu. Bu dönem aynı zamanda şövalyeliğin büyük askerî önem kazanmaya başladığı ve sonuçta şövalye sınıfının tanınma -ve arazi- mücadelesi verdiği dönemdi.

Ancak on birinci ve on ikinci yüzyıllarda hem askerî koşullar hem de yasal durum şövalye sınıfı için daha elverişliydi ve dolayısıyla süzerenlerine şövalye donatan vasallar için de. Bu nedenle vasallar, *fief*e bağlı haklarının mirasçılarına devri konusunda ısrarcı olabildiler. Gerçekten de on ikinci yüzyılın sonlarında İngiltere ve Normandiya'da bu hak, özel bir ilamla kraliyet ve dükalık mahkemelerince korunmaya başlamıştır. *"Mort d'ancestor"* adlı bu ilamla mirasçının zilyetliği tanınmış ve lord, haksız olarak mülke tecavüz eden sayılmıştır.[7] Ayrıca çoğu yerde, en büyük oğlun bütün *fief*i miras olarak aldığı ilk çocuğun hakkı kurumsallaşmıştır [ekber evlat]. Böylece her ne kadar *fief*in kimi bölümleri küçük oğullara tazminat olarak ("has") ayrılsa da mülkün parçalanması önlenmiştir.

Böylece on birinci ve on ikinci yüzyıllarda *fief*in miras bırakılabilirliği, bütün Avrupa'da nesnel ve evrensel bir norm haline geldi; anlamı bakımından görece kesinleşti ve az ya da çok yeknesaklaştı.[8] Benzer bir gelişme feodal örf ve âdet hukukunun di-

---

[7] İngiltere'deki gelişiminin analizi için bkz. Samuel Thorne, "English Feudalism: Estates in Land", *Cambridge Law Journal* 17, (1959), 193-209.

[8] Avrupa'nın muhtelif bölgelerinde *fief*lerin miras bırakılabilirliğinin gelişimine ilişkin tartışma için bkz. F.L. Ganshof, *Feudalism* (New York, 1964), ss. 133-136.

ğer normlarında da yaşandı; örneğin *fief*in vasal tarafından devir ve ferağı, kimi kişisel feodal yükümlülüklerin paraya çevrilmesi ve mahkemeye katılım gibi.

VASAL VE LORDLARIN KARŞILIKLI HAKLARI

Aynı dönemde, en çok da 1050 ile 1150 arasında, vasalların lordlara kişisel bağlılığının çeşitli biçimleri, mülkiyete dair yükümlülüklere dönüşmüştür. Aynı zamanda süzerenlerin doğrudan mâli egemenliklerinin çeşitli biçimleri, vergiye dönüştürüldü ve böylece vasallar daha fazla kişisel özgürlük ve ekonomik özerklik kazandı.

Dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda, vasalların kişisel bağlılığı, lordun (süzerenin) vasaldan askerî hizmet sunmasını isteme hakkı, belli durumlarda lordun vasalın kızıyla evlenme (ya da vasalın kızını evlendirme) hakkı, ihtiyaç halinde vasalın kişisel yardımını alma hakkı ve çeşitli başka hakları haline geldi. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda askerî hizmet sunma yükümü, mâli ödemeye (İngiltere ve Normandiya'da *scutage*[9]); evlenme hakkı, genellikle vasalın kızının evlenmesi halinde ödenen tek-seferlik bir vergiye ve ihtiyaç halinde vasalın kişisel yardımını alma hakkı bazı vergilere ("yardım") dönüştü.

Lordun ekonomik hâkimiyeti, pek çok yerde daha önceden, lordun *fief*e girme ve *fief*in yönetimini denetleme, ürünleri alma yetkisi ile vasalın *fief*i devir ferağ edememesi ve vasalın ölümü halinde lordun *fief*i geri alması biçimini almıştı. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda lordun bu yetkilerine sert yasal sınırlamalar getirildi. "Zilyetlik" kavramı, on birinci yüzyılda bir toprağı ya da malları elinde bulunduran kişinin, onlar üzerindeki malik olmadan tasarruf haklarını nitelemek için geliştirildi. Zilyet olan, hiç kimse tarafından zorla mülkten çıkarılamaz, büyükbaşları, onun iradesi olmaksızın, lordu bile olsa kimse tarafından alınamazdı. Ayrıca *fief*in, vasalın mirasçılarına miras olarak bırakılabilmesi; *fief*in vasal tarafından devir ve ferağına eşlik etmişti. Bu devir hakkı, zaman zaman *fief*in bir parçasının alt-*fief* olarak verilmesi; yani alt-vasala tımar verme biçimini almıştır. Bir *fief*in bir mirasçıya devri ya da alt-*fief* olarak devri ya da devrin başka biçimleri halinde lorda bir vergi ödenecekti.

Hakların somutlaşması yönündeki bu yasal gelişmeler açıktır

[9] Feodal dönemde şövalyelerden askerlik hizmeti yerine alınan vergi -ç.n

ki, vasalın ekonomik özerkliğini genişletmiştir. Vasalın, lorda karşı yükümlülükleri daha önce olduğu gibi kişisel bağlılıktan ziyade giderek daha fazla nevi biçiminde ya da mâli ödeme biçiminde ifade edilmeye başlamış ve vasal *fief*ini gitgide lordun sıkı gözetimi olmaksızın yönetmiştir.

Ancak ne var ki, vasalların hukuken korunmasının artması, bir ekonomik sınıfın diğerine galip gelmesi biçiminde yorumlanmamalıdır. Bütün lordların biat ettiği kral (metbu-lord) hariç, her lord (süzeren) aynı zamanda bir başkasının vasalıydı. Alt-*fief* verilmesinin sonucunda da malikâne lordunun vasalları değil de sadece serfleri ve köylüleri yönettiği merdivenin en alt basamağındakiler hariç olmak üzere her vasal bir başkasının lorduydu (süzereniydi).

Marc Bloch'un yazdığı gibi "Pek çok kimsenin aynı anda efendilerinin ve adamlarının himayesinde olduğu bir toplumda, içlerinden birisinin vasal olarak kendisi için sağladığı avantajları, bir lord olarak kendisine benzeri bir bağla bağlı olanlara tanımayı reddetmesini kabul etmek isteksizlikle karşılanmıştı. Eski Karolenj döneminden *Magna Carta*'ya dek İngiliz özgürlüklerinin imtiyazlardaki eşitliğin yukarıdan aşağıya yumuşak biçimde azalan klasik kuruluşu, feodal geleneğin en bereketli kaynağı olacaktı".[10] Bloch'un Karolenj dönemine yaptığı gönderme, on birinci ve on ikinci yüzyılda meydana gelen değişikliklere burada yapılan vurguyla çelişiyor gibi görünmektedir. Ancak sadece iki sayfa sonra Bloch, şu hayati ayrımı yapar: "Karolenj dönemi kadar eski bir dönemde, gelenek fürûnun [miras alacak olan vasalın soyundan gelenlerin] lehineydi... Benzeri bir tür hukuki bilinçlenmenin damgasını vurduğu ikinci feodal çağ boyunca [on birinci yüzyılın ortalarından sonra], bu yasa haline geldi".[11]

Vasalların kişisel özgürlüklerini ve ekonomik özerkliklerini artıran bu gelişmeler, kendilerini özellikle lordların ve vasalların karşılıklı haklarının yasallaştırılmasında göstermiştir. Elbette, lord-vasal ilişkisinde belli bir derecede karşılıklılık vardı; lordun "adamı" olmak, sadece lordun "adamının" sadakatini değil kendisinin de "adamına" sadakatini gerektiren ömür boyu bir ilişkinin yine lord tarafından kabul edilmesini zorunlu kılıyordu. *Fief*in verilmesiyle de arazi sahibi-kiracı ilişkisi de kurulmuş oldu.

---

[10] Bloch, *Feudal Society*, ss. 195.

[11] Ibid., s. 197.

Yine de karşılıklılığın uygulamadaki gevşek biçimleri ve hatta karşılıklılığa dair bağlayıcı gelenek normu, on birinci yüzyılda lord-vasal bağı ile ilişkilendirilen gerçek bir sözleşmeye dayanan karşılıklılıktan hayli uzaktı.

"Sözleşmeden doğan" ifadesi nitelendirmeye tabidir. Feodal sözleşme, (ister biat isterse biat olmadan bağlılık yemini ile olsun) statü yaratan bir sözleşmeydi. Bu bağlamda aslında on ikinci yüzyılın hukukçuları tarafından da kıyaslandığı evlilik sözleşmesi gibiydi. Örneğin ticari sözleşmelerin aksine lord-vasal sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülükler âdeta örf ve âdet hukuku tarafından belirlenmişti ve tarafların iradesiyle değiştirilemezdi. Sözleşmeye dair kısmı, ilişkinin rızaya dayanmasıydı ancak ilişkinin hukuki içeriği ise belirlenmişti. Üstelik biat sözleşmesi karşılıklı rızayla feshedilemezdi zira sözleşme ömür boyu taahhüdü içeren kutsal yeminlerle kuruluyordu. Buna karşılık bağlılık sözleşmesi karşılıklı rıza ile feshedilebilirdi ve hem bağlılık sözleşmesi hem biat sözleşmesi, taraflardan birisi tarafından karşı tarafın temel yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle feshedilebilirdi.

Kimi zaman feodalizm üzerine yazanlar, vasalın biatının *fief* bahşedilmesinin karşılığı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu yaklaşım biatla bağlılığı karıştırmaktadır. Biattaki karşılıklılık vasalın lordun adamı, buna karşılık lordun da vasalın efendisi olmasını içermektedir; bu öpücükle mühürlenen -neredeyse- evliliğe eşdeğer, ömür boyu sürecek bir ilişkiydi.[12] Vasalın bağlılık yemini ise başka bir meseledir. Bunun karşılığı lordun da vasala sadakatidir. Üstelik lord, çoğunlukla vasala *fief* vermektedir. Vasalın sadakati, *fiefi* dürüstçe idare etmesidir. Lordunki ise yetkilerinin yasal sınırlarını aşmama görevini ve vasala spesifik yöntemlerle yardımcı olma görevini içermektedir. Vasal birden fazla lorda biat ve bağlılık borçlu olabilirdi, tıpkı farklı lordlardan farklı *fiefler* alabildiği gibi. Fransa'da ve başka yerlerde on birinci yüzyılın ortalarında *ligantia* sistemi geliştirilmişti, buna göre bir vasal yükümlülüklerini bir ya da birden fazla "metbu lord"a tahsis

---

[12] Ganshof, *Feudalism,* s. 78. Ganshof'a göre bu öpücük "basitçe iki tarafın üzerinde anlaştığı yükümlülüklerin onaylanmasıdır, tıpkı diğer sözleşmeleri onaylamak için yapıldığı gibi". Buradaki "basitçe" yanıltıcı olabilir. Sözleşmeyi kuran ritüelin tamamı, tarafların üstlendiği yükümlülükleri simgelemektedir. Oxford filozofu John Austin'in sözleriyle, sözcükler ve eylemlerin "performatif olarak dile getirilmesidir"; simgeledikleri şeyleri hayata geçirmektedir.

edebilirdi. İngiltere'de ise on ikinci yüzyıldan itibaren kral metbu-lorddu ve *fief* verilirken *"save my fielty due to the king"* [Krala bağlılığımı kabul et] denmesi gerekirdi. *Fief*ler, geniş yasal sınırlar içinde miras bırakılabilir ve devredilebilir hale geldikçe, vasallık bir kere daha biattan ayrıldı ve karşılıklılığın kendi kurallarına tabi hale geldi.

Teorik bir bakış açısından kritik bir öneme sahip olan ve olağandışı durumlarda pratik bir önemi olmayan husus, lordun ya da vasalın yeterli bir tahrik üzerine biat ya da bağlılık sözleşmesini feshetme hakkının olmasıydı. Eğer taraflardan birisi, yükümlülüklerine aykırı davranır ve diğer taraf bu nedenle zarar görürse; zarar gören, ilişkiyi saygısız bir beden hareketiyle sona erdirme hakkına sahipti, buna *diffidatio* (bağlılıktan vazgeçme) denirdi. İngiliz hukuku üzerine 1187'de yazılmış ve Glanvill'e atfedilen ilk sistematik çalışmada, bir vasalın lorduna, yalnız saygı gösterme hariç bir lordun vasalına olandan daha fazlasını borçlu olmadığı ve lord yükümlülüğüne uymazsa vasalın, hizmet etme yükümlülüğünden kurtulacağı belirtilmiştir. *Diffidatio*, on birinci yüzyıldan itibaren, Batı'daki feodal ilişkinin hukuki karakterinin anahtarı olmuştur. Daha önemlisi, *diffidatio*, Friedrich Heer'ın yazdığı gibi, "Avrupa'nın siyasi, toplumsal ve hukuki gelişimine bir ana yön kazandırmıştı. Bütün bir direnme hakkı düşüncesi, bu yönetenle yönetilen, yukarıdaki ile aşağıdaki arasındaki sözleşme nosyonuna içkindir".[13]

KATILIMCI ADALET

Batı'da adaletin temel ilkelerinden birisi, her lordun mahkeme kurma, yargılama süreçlerinde vasallarına -ya da vasal olsun olmasın kiracılarına- başkanlık etme hakkının olmasıydı. Bu ilke askerî-ekonomik ilişkilerle siyasi ilişkilerin kaynaşmasının ifadesiydi. Askerî-ekonomik bir teşebbüs olarak bir *fief*i yönetmek aynı zamanda *fief*e bağlı bir insan topluluğunu siyasi olarak da yönetme teşebbüsüydü. Yönetim de esas olarak büyük ölçüde yargısal nitelikteki yetkilerin uygulanması biçimini almıştır.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda feodal mahkemelerin ortaya çıkışını incelemenin usullerinden birisi, dokuzuncu yüzyılda büyük toprak sahiplerine verilen imtiyazlar nedeniyle merkezî krallığın otoritesinin çöküşünün önemi üzerinde durmaktır. Ne

---

[13] Friedrich Heer, *The Medieval World: Europe, 1100-1350* (New York, 1961), s. 37.

var ki, bu bakış açısı merkezîleşmiş krallık otoritesinin Charlemagne İmparatorluğu'nda bile kati olarak yerleşmediğinin kabulüyle birlikte değerlendirilmelidir. Kuşkusuz, Chalemagne ve halefleri hâkimiyet alanlarındaki her bölgede, merkez tarafından belirlenen bölge valilerinin (*Graf* veya kont) başkanlığında davalarda karar verecek ve yine merkezî otorite tarafından atanan daimî bir "hukuk-bulucu" [*law-finder*] heyeti" [*scabini* -yaşlılardan oluşan bir tür mahkeme heyeti –ç.n.) kurmaya çalışmıştır. Yine de genellikle önde gelen toprak sahiplerinden oluşan bu lâik mahkemeler, merkezden güçlükle kontrol edilebilmiştir. Dahası, yerel adalet, hayli dikkate değer ölçüde halk meclislerince sağlanmaya devam etmiştir. İşte Frank imparatorluğunda onuncu ve birinci yüzyıllarda feodal mahkemeler, çoğunlukla birlikte var olmaya devam eden bu halk meclislerinin ve *scabini* heyetlerinin yerini almıştır. İngiltere'de de benzer biçimde feodal mahkemeler, Norman işgalinden sonra Fransa'dan daha az olmakla birlikte yerel meclislerin -yüzlük mahkemeleri ve kontlukların mahkemelerinin- yerini almıştır.

Gerçekten on birinci yüzyıldan evvel hukukçu olarak yetiştirilmiş profesyonel yargı neredeyse hiç yokken grup yargılaması geleneği güçlüydü. Yargılama sürecinin baskın unsuru "yargı meclisiydi": Lord ya kendisi ya da vekilharcı aracılığıyla meclise başkanlık ederdi ancak yargılama meclis üyesi olan (*suitor*) vasal ya da kiracılar tarafından yapılırdı. Bir saldırı ya da borçla itham edilen kimse arkadaşları -eşitleri- tarafından yargılanırdı. Bir kimsenin "eşitleri tarafından yargılanma" hakkına ilişkin *per iudicium parium* ibaresi, 1215'te *Magna Carta*'da da belirtilmesiyle İngiltere'de meşhur olmuştur. Aynı ibare Avrupa'nın diğer ülkelerinde yayımlanan benzer belgelerde de bulunabilir. Nitekim İmparator II. Conrad'ın 1037'de yürürlüğe soktuğu bir kanunla "atalarımızdan gelen hukuk ve [vasalın] eşitlerinin hükmü" olmadıkça hiçbir vasalın imparatorluktan ya da kiliseden aldığı bir *fief*ten mahrum bırakılamayacağı ilan edilmiştir.[14]

Feodal mahkemeler, sadece dar anlamıyla ihtilafların çözüldüğü ya da hukukun uygulandığı makamlar değildi, aynı za-

---

[14] *MGH*, Legum IV, I, ss. 90-91. Bu benzeri yasalar, 1100'lerde *Consuetudines Feudorum*'da derlenmiştir, (daha sonra *Libri Feudorum* olarak adlandırılmıştır). Şüphesiz Condrad'ın yasası, Magna Carta'yı yazanlarca bilinmekteydi. Bkz. Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (London, 1975), ss. 216, 219.

manda ortak meselelere ilişkin istişare ve müzakere meclisleriydi. Keza senyörlük [derebeylik] mahkemelerinden askerî seferleri destekleyecek vasalların ödemesi gereken harçları sabitlemesi, orman ve müşterek tarlaların kullanılmasına dair kuralların ilan edilmesi ya da yeni bir kiracıya verilecek tımarın onaylanması veya bir kiracının çıkarılması istenebilirdi. Senyörlük [derebeylik] mahkemeleri aynı zamanda Fransa'da *haute justice* adı verilen yüksek yargı görevini de icra eder; ağır cinayet, soygun gibi ağır suçları da yargılayabilirdi. Nihayet önce Sicilya ve İngiltere'deki Norman krallıklarında sonra da Normandiya, Fransa ve diğer yerlerde kılıcın mahkemeleri de denilen kralın -ya da dükün- mahkemeleri yüksek yargı yetkisinin büyük bölümünü eline almıştır. Ne var ki, İngiltere'de dahi büyük lordların bir kısmı bu yargı yetkisini elinde tutmuş ve Fransa ile Almanya'da da pek çok lord on altıncı yüzyıla kadar yüksek yargı görevini icra etmeyi sürdürmüştür. Öte yandan senyörlük [derebeylik] mahkemeleri her yerde, mahkemeyi de kuran lordun arazisine ilişkin hakları üzerinde olduğu kadar küçük suçlar ve medeni davaların (*basse justice*, "düşük" adalet) belli türleri üzerinde de yargı yetkisine sahipti (İngiliz senyörlük mahkemeleri birkaç yüzyıl boyunca "aldığı-elinde hırsızlık", yani suçüstü hırsızlık davaları üzerindeki yargı yetkisini elinde tutmaya devam etmiştir).

Lordun kendisi ya da vekilharcı feodal mahkemeye başkanlık ederdi ve meclistekiler hüküm verirdi. Toplumsal ve medeni davalarda ispat usulü 1215'te işkencenin kaldırılmasından önce genellikle tanıkla, işkenceyle ya da düello ileydi. Jüriler de sıklıkla ihtilaflı meselelerde karar vermek üzere atanırdı; usul, resmî değildi ve sözlüydü. Tüm bunlar Batı Avrupa'daki senyörlük mahkemelerindeki yargılamaların özellikleriydi.

Senyörlük mahkemelerinin çarpıcı bir özelliği, bir lordun vasalına karşı iddiaları üzerinde yargı yetkisinin olmasıydı. Lord, borçlarında temerrüde düşen, mülküne tecavüz eden ya da başka yükümlülüklerini yerine getirmeyen vasallarını dava etmek için kendi mahkemesine başvururdu. Maitland "Lordun hem yargıç hem de davacı olmasına yönelik eleştiriye gelince, haksızdı zira lord yargıç değildi; eşitleri tarafından yargılanan davalıydı" demektedir.[15] Elbette lord, kendisine karşı oy kullananların

[15] Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2nd ed. (1898; reprint ed. Cambridge, 1968), I, 589.

hayatlarını zorlaştırabilirdi. Ancal vasal, lordunun mahkemesinin verdiği karara lordunun üstünün mahkemesinde itiraz edebilirdi. Bu temyiz hakkı spesifik hukuki terimlerle ifade edilmiştir. Örneğin on üçüncü yüzyılda yazan ancak aslında Beauvasis bölgesinin yüz yıldan fazla süren hukuk rejimini tarif eden Fransız hukukçu Philipe de Beaumanoir, bir şövalyenin kendi lordunun mahkemesine karşı en yakın yüksek senyörlük mahkemesine başvurmasının koşullarını şöyle sıralamıştır. 1. Mahkemenin davaya bakmaması 2. Yanlış hüküm 3. Yetki itirazı 4. Kontun veya kralın fermanı ile bahşedilen temyiz hakkı 5. Şövalyeler kaydıhayat şartıyla edindiği arazisinden hukuka aykırı biçimde elinden alındığını iddia ederken, lordun doğrudan menfaatinin olması.[16] Keza vasal, kendi lorduna lordun kendi mahkemesinde dava açamasa da lordu adaleti sağlamayı reddederse, o andaki lordunun lordunun mahkemesine başvurabilirdi.

Vasalın, hakkını alabilmek için daha yüksek bir senyörlük mahkemesine başvurma hakkı, her ne kadar sık başvurulan bir yol olmasa da hem feodal mahkeme sisteminin hem de vasallarla lordların karşılıklı hakları ilkesi çarpıcı bir örneğidir. Feodal hukukla, Batı alt ve üst seviyedeki kimseler arasındaki yasal yükümlülüklerin karşılıklılığını ilk kez deneyimlemiştir.[17] Gerçekten de bütün feodal hiyerarşi bütünleşmiş bir hukuki yapı olarak görülmüştür; şövalyelerden baronlara, baronlardan kontlara, düklere ve hatta krallara kadar üst sınıfların müşterek hukuki standartlara tabi olduğu kabul edilmiştir. Bu kısmen, yasallık idealinin manifestosuydu. Kısmen de gerçekte, bir vasalın bir başkasının lordu olduğu alt-*fief* verme deneyiminin yansımasıydı. Hem yasallık ideali hem de alt-*fief* uygulaması, aristokrasinin kendi arasında; özellikle de yüksek soylular ile daha alttakiler arasında keskin ayrımların olduğu Batılı-olmayan toplumlardaki pek çok feodal yapının aksine, üst sınıfın ortak sınıf bilincinin sürdürülmesini sağlamıştır. Böylesi ayrımlar, Batı toplumunun gelişiminin sonraki aşamalarını da karakterize etmiştir. Ancak Batı hukuk geleneğinin oluşum döneminde, feodal hukukun hâkimiyetinde şövalye sınıfı, feodal hiyerarşide diğerleri ile ara-

---

[16] Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beawaisis*, ed. A. Salmon, 2 vols. (Paris, 1970), I, secs. 294-301.

[17] "Vasallık sözleşmesi, doğası gereği farklı toplumsal seviyedeki iki adamı birbirine bağlar". Bkz. Bloch, *Feudal Society*, s. 227.

sında siyasi, ekonomik ve toplumsal asli bir *yasal* eşitlik talep edebilirdi.

Feodal aristokrasinin kavgacılığı, feodal yükümlülüklerin karşılıklılığını, feodal imtiyazların eşitliğini ve feodal yargı hiyerarşisine payanda olmuştur. Bu da bizzat şövalyelikle ilişkilidir. Heer "Baronların yeğlediği bir çatışma biçimi olarak dava açmak, sadece kavga ya da savaştan sonra gelirdi" diye yazmaktadır. Gerçekten de Heer'in işaret ettiği üzere "düello ve dava tek bir kavganın biçimleriydiler. 'Tanrı ve hakkım';[18] bırakın düelloda ya da işkencede meseleyi Tanrı çözsün".[19] Üst sınıfların kavgacılığı, lordların ve vasalların haklarının karşılıklılığı gibi, sadece feodal hukuk sisteminin kurucu yapısal unsurlarından birisi değil aynı zamanda feodal hukukun Batılı hukuk bilincinin gelişimine sunduğu katkıdır. Batılı hukuk bilinci, çatışma çözümünde hakların resmî olarak karara bağlanmasına olan güçlü bağlılığıyla Batılı olmayan pek çok kültürden ayrılmaktadır.

BÜTÜNLEŞME

"Feodal hukukun bütünleşmesi" ibaresi, çeşitli hak ve yükümlülükleri bir bütün oluşturan lord-vasal ilişkisi ile birlikte yorumlamayı hem mümkün hem de zorunlu kılan Batılı hukuk bilincinin gelişimine atıfta bulunmaktadır. Biat ve bağlılık, bağ, sözüm ona feodal ayrıcalıklar (askerî hizmet, askerlik vergisi, bağış, yardım, evlilik, vasilik ve diğerleri), *fief*in miras bırakılabilirliği ve devir ve ferağı, varisi olmayan mülke ilişkin kurallar, *diffidatio*, feodal mahkeme ve ilişkili diğer kavram ve kurumların tümünün farklı ve bütün bir hukuk sistemi oluşturduğu düşünülmeye başlamıştır.

Her ne kadar bu sistem, vazedilmiş hukuktan ziyade çoğunlukla örf ve âdet hukukunun parçası olarak kalmış olsa da yazılı kaynakları da vardır. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda lordların vasallara verdiği *fief*leri onaylayan beratlar yayınlanmış, feodal gelenekler kayıt altına alınmıştır.[20] Kent yasaları, 1142 Pisa Şartı gibi, aynısını yapmıştır. Barselona'nın 1068 yılında yazılan *Usages*'ı büyük ölçüde feodal hukukun yeniden ifade edilmesiydi. Zaman içinde hem yazılı hem de yazılı olmayan feodal gelenek-

---

[18] Halen İngiliz kraliyet ordusunun mottosudur -ç.n.

[19] Heer, *Medieval World*, s. 40.

[20] Bkz. Herlihy, *History of Feudalism*, s. 98.

ler, önemli ilkelerini vurgulamak isteyen eğitimli hukukçular tarafından analiz edilmeye başlamıştır. Nitekim 1095 ile 1130 arasında bir zamanda, Milanolu konsül üyesi Umberto de Orto, feodal hukuku sistematik biçimde anlatmayı denediği ve daha sonra *Libri Feudorum* (*Fief* Kitabı) olarak adlandırılan *Consuetudines Feudorum* (*Fief* Gelenekleri) adlı kitabını yazmıştır. Bu kitap, şerh edildiği ve genişlediği Bologna'da ders kitabı olarak kullanılmış; 1220'deki son şekli Iustinianus'un *Novella*'sına eklenmiştir. Kitapta hem geleneksel feodal hukuku hem de II. Lothar, I. Frederick ve IV. Henry gibi imparatorların fermanları yeniden yazılmıştır. Böylece eser, sadece Lombardların feodal hukukunu değil, kanon hukukundan, kraliyet hukukundan, kent hukukundan ve merkantilist hukuktan farklı, ama yine de Batı'da ortak olan ve feodal ilişkilere uygulanabilen daha evrensel bir örf ve âdet hukukunu analiz ediyor gibi görünmektedir. Umberto ve onu izleyen hukukçuların, David Herlihy'nin sözleriyle "*fief*in geleneksel hukukunun mantıken tutarlı ve tamamen bilimsel incelemeye tabi" olduğunu düşünmüşlerdir. "... [Onlar] feodal geleneklerin toplamının, şekilsiz kendine has, şekilsiz bölgesel tuhaflıklar yığınından fazlası olduğunu; daha ziyade geleneklerin müşterek ilkeleri paylaştığını ve bu nedenle de gerçek bir hukuk sistemi oluşturmadıklarını varsaymıştır. Ancak hukukçular, bu geleneklerin hâlâ toplumu yöneten hukuk kurumunun bir parçasını oluşturduklarının farkındadır".[21]

Feodal arazilerin kirasına ilişkin hukuk, Sicilya, İngiltere, Normandiya, Fransa, Alman dükalıkları, Flamanya, İspanya ve diğer yerlerde büyümekte olan krallık (ya da dükalık) hukuku ile birleşmiştir. 1187'de Glanville'in İngiltere'nin yasaları ve gelenekleri üzerine bilimsel incelemesi, İngiltere'deki feodal hukukun temel ilkelerinin çoğunu önceki yıllarda yayınlanan kraliyetin yargısal kararları altında sistemleştirmiştir. 1200'lerde geleneklere ilişkin Norman kitabı, *Trés ancien coutumier de Normandie* Normandiya'da uygulanan benzeri feodal yasaları içermektedir. 1221'de ise Cermen bir şövalye olan Eike von Repgau *Sachsenspiegel*'i (*Saksonların Aynası*) yazmıştır. Kitap iki bölümden oluşmaktadır; birisi Saksonların *Landrecht*'i yani *common law* üzerine;

---

[21] Ibid., s. xv. *Libri Feudorum* için bkz. Heinrich Zoepfl, *Deutche Rechtsgeschichte* (Stuttgart, 1858), ss. 120-126; Walter Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages* (London, 1975), s. 217.

ikincisi Saksonların *Lehnrecht*'i yani feodal hukuk üzerineydi. (*Sachsenspiegel* Almanca yazılan ilk kitaptır, Latince basımından öncedir ancak bugün kayıptır.)[22]

Üstelik on ikinci yüzyılın ikinci yarısının Batı'nın en büyük üç monarkı, -İngiltere ve Normandiya kralı II. Henry (1154-1189), Fransa kralı Philip Augustus (1180-1223), Almanya kralı Frederick Barbarossa (1152-1190)- muhtelif feodal meselelere ilişkin önemli yasalar yayımlamışlardır.

On üçüncü ve on dördüncü yüzyıllarda feodal hukuk üzerine yazılan bilimsel incelemeler, ileri gelen Roma hukukçuları tarafından yazılmıştır. Pek çok kitapta, Danimarka, Jutland, Normandiya, Vermandois, Orléans, Anjou ve diğer yerlerdeki yerel gelenekler kayıt altına alınmıştır. On üçüncü yüzyılın ilk yarısında yazılan ve İngiliz hukukunun Bracton'a atfedilen müthiş özeti (*summa*); feodal hukukun hayli detaylı bir analizini içermektedir. Bunu, 1283 Fransa'da Beaumanoir'ın yazdığı ünlü *Customs of Beauvaisis* (Beauvaisis'in Gelenekleri) izlemiştir.

Marc Bloch, feodal hukukun 1200 yılından sonra Fransa, Almanya ve İngiltere'nin hukuki yapılarındaki yerini karşılaştırır. Fransa'da *fief* ve vasallık hukuku, bütünüyle yasal bir kumaşa feodal hukuk ile feodal olmayan hukukun birbirlerinden ayırt edilmesini imkânsız kılacak biçimde dokunmuştu. Almanya'da feodal hukuk, sadece belli arazilere ve belli kişilere uygulanabilen ve özel mahkemelere tabi ayrı bir sistem olarak ele alınmıştır. Sadece malikâneler düzeyinde ya da kasabalarda değil fakat aynı zamanda kırsaldaki üst sınıflar arasında da hukuki ilişkilerin pek çok türü *Landrecht'e* göre (*lex terrae,* "arazi/toprak hukuku") düzenlenmiştir; *Lehnrecht*'e (feodal hukuka) göre değil. İngiltere'de, Fransa'da olduğu gibi feodal sınıfların geleneklerinden oluşan ayrı bir feodal hukuk yoktu; *Landrecht* ile *Lehnrecht* iç içe geçmişti. Ancak Almanya'daki gibi, kraliyet mahkemelerine tabi olsa ve teknik olarak *common law*'un içinde kabul edilse bile İngiliz *common law*'unun -araziye ilişkin hakların- dikkate değer parçası feodal hukuk olarak adlandırılabilir.[23] Bloch'un analizi, burada feodal hukukun on birinci ve on ikinci yüzyıldaki dizgeleştirilme-

---

[22] Feodal hukukun diğer erken dönem kaynakları şunlardı: Kont II. William'ın Provence'daki Forcalquier bölgesi için yazdığı 1162 tarihli *Statute;* Brittany için 1185 tarihli *Assie au Comte Geoffrey* ve Hainault için 1200 tarihli *Charte féodale.* Atıflar Ganshof'un *Feudalism*'inde (s. 68) bulunabilir.

[23] Bloch, *Feudal Society*, ss. 181-189.

sine dair ileri sürülen tezin nitelendirilmesi ve berraklaştırılması olarak görülebilir. Bu dizgeleştirme, diğer hukuk kurumlarından bağımsız olarak işleyen bir hukuk kurumu yaratılmasıyla sonuçlanmamıştır. Daha ziyade bütün seküler hukuk sistemleri -feodal, malikâne, merkantilist, kraliyet- üst üste binmiştir. Bu, arazi hukuku ile feodal hukuk ayrımı bulunan Almanya için bile geçerlidir. Bununla birlikte her hukuk kendi karakterine, kendi mantığına sahiptir. Her ne kadar feodal ve feodal olmayan normlar geleneksel hukuka ilişkin Fransız kitaplarında ve Bracton'ın İngiltere'deki kraliyet mahkemelerinde uygulanacak hukuka dair analizinde birlikte örülmüş olsa da feodal hukukun kendi tutarlı ilkeleri hâlâ mevcuttur.

Feodal hukukun en bütünleştirici unsurlarından birisi, siyasi ve ekonomik hakları -yönetme hakkı ile toprağa ilişkin tasarruf ve kullanma hakları- birleştirmesidir. Bu birleşimi ifade etmek için kullanılan hukuk terimi, bir yandan lordluk diğer yandan mülkiyet (sahip olma) anlamına gelen Latince *dominium*'dur. "Lordluk" eğer yetki alanı; mahkeme kurma ve yasa ilan etme hakkını kapsayacak biçimde anlaşılıyorsa, doğru sözcük seçimidir. "*Fief* ve adalet; hepsi bir" diye yazmıştı Beaumanoir.[24] "Mülkiyet" de doğru sözcük seçimidir, eğer on yedinci yüzyılda ilk kullanıldığı anlamıyla sınırlandırılmazsa. O zaman mülkiyet, sahip olunan şey üzerindeki mutlak, bölünmemiş, münhasır hakkı ifade etmekteydi. Feodal *dominium* aksine, genellikle sınırlı, bölünmüş ve çeşitli biçimlerde müşterekti. Bir kimse arazisi üzerinde lorduna karşı belli haklara sahip olabilirdi ve lord da aynı arazi üzerinde kendi lorduna karşı belli haklara sahip olabilirdi ve o lordun da lorduna, muhtemelen krala karşı başka hakları vardı. Bizatihi arazinin doğasında bulunan çatışmalı haklar bir tür hukuki varlık olarak ele alınmıştır. Böylece arazinin bir parseli üzerinde, ana araziye hizmetlerin taşınabildiği bir tür "irtifak" kurulmuş sayılabilirdi. Aslında kimse arazinin sahibi değildi, "kiracılar" merdiveninde yukarıda olanlar, kral ya da başka üstün lordlar araziyi elinde tutardı ("*Tenure:* kiracı" Latince *tenere*: tutmak (*hold*) kelimesinden gelmektedir ve "holding" anlamını taşır).

Bölünmüş mülk ya da aynı arazi üzerinde birden fazla hak sahibi sadece Batı düşüncesine özgü değildir. Ancak çatışan hak-

---

[24] Beaumanoir, *Coutumes de Beawaisis,* sec. 146.

ların iç ilişkilerinin kuruluşu bakımından Batılı feodal mülkiyet sistemi benzersizdi. Örneğin bir şövalye, hayatı boyunca sadece arazinin bir parseli üzerinde *dominium*'a sahip olabilirdi ve şövalyenin ölümü halinde *dominium,* ilk haline, onu şövalyeye "kaydı hayat" şartıyla bahşeden lorda dönerdi. Yahut arazi şövalyeye ve "onun bedeninin mirasçılarına" verilebilirdi ki, bu durumda mirasçılar doğdukları anda arazi üzerinde "müstakbel bir menfaat"e sahip olabilirdi. *Fief,* Şövalye A'ya kaydı hayatla, onun ölümü üzerine eğer hayattaysa erkek kardeşi B'ye; B, A'dan evvel ölürse kuzeni C'ye devredilecek biçimde de verilebilirdi. Bu da B ve C için arazi üzerinde başkaca müstakbel haklar yaratırdı. Böylesi arazi ya da başka mülklerin bağışlanması, bağış alanın ölmesi halinde bağışçıya dönecek biçimde ve araziye bağlı gelecekte yürürlüğe girecek hakların yaratılması biçiminde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ne Roma hukukuna ne de Cermen hukukuna dayanmaktadır. Mülkiyete bağlı haklara değer biçilmesi düşüncesinin kendisi, büyük ölçüde Batı'da on birinci ve on ikinci yüzyılların sonlarının keşfidir. Bu düşünce feodalizmin çöküşünden çok uzun süre sonra da varlığını sürdürmüştür, gerçekten de Amerikan ve İngiliz arazi hukukunda hâlâ uygulanmaktadır. Artık sadece ölüm üzerine mülkiyetin devrine ilişkin tekniklerin uygulanması değil doğmuş ve henüz doğmamış kişilerin mülkiyet, yararlanma, tasarruf ve denetim haklarının da dâhil edilmesi söz konusudur. Mülkiyet rejiminde gelecek nesillere miras bırakılmasına ilişkin bilinç, Batı hukuk geleneğinin oluşum evresindeki zaman algısının tipik bir örneğidir.

Mülkiyete bağlı hakların zaman içinde değer kazanmasıyla ("emlak") ve bu emlaka bağlı hakların gelecek nesile de tahsis edilmesi; on birinci ve on ikinci yüzyılların sonlarında temellükün Avrupa'ya yayılan ve Avrupalı hukuki değerlere olduğu kadar hukuki kurumlara, kavramlara ve kurallara da daimî bir katkıda bulunan ayırıcı yasal boyutudur. Temellükle, vasalların hukuki özerklikleri ile ilgili gelişmeler -*fief*inden mahrum bırakılan vasal, lorduna karşı dahi dava hakkına sahipti- ve kanonik eşya hukuku, özellikle yağmaya ilişkin hukuk anlatılırken değinilmişti. Bir bütün olarak Batı hukuk geleneğinin gelişimi bakımından temellük kavramının önemi, onun yasal ve olgusal unsurlarının birlikte örülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu basitçe hatta zorunlu olarak arazinin olgusal işgali yahut fiziki denetimi anlamına gelmez; burada Roma hukukundaki zilyetlik kavra-

mından farklılık söz konusudur. Nitekim bir kimse, Haçlı seferinde ya da Hac yolculuğunda bile olsa arazinin malik sıfatıyla zilyedi olarak kalabilirdi. Yine de malik sıfatıyla zilyet olmak basitçe hatta zorunlu olarak malik olmak anlamına gelmezdi. Nitekim bir kimse araziye mirasçı olmadıkça ya da arazi kendisine bağışlanmadıkça, onun malik sıfatıyla zilyet olamazdı. Malik sıfatıyla zilyetlik, gerçekte olgusal bir durumu sürdürme hakkıydı ve daha önceden o olgusal durumda olmaktan kaynaklanmaktaydı.[25] Bu hak hem mülkiyetten hem de sözleşmeden bağımsız bir zilyetlik hakkıydı ve ne Cermen hukukunda ne de daha eski Roma hukukunda bilinen bir kavramdı. Zilyetlik hakkı düşüncesi -zilyetlik değil zilyet olma hakkı- bugünün Batı hukuk kurumlarında da varlığını sürdürmektedir, özellikle İngiliz ve Amerikan hukukunda.

Malik sıfatıyla zilyetlik hükümleri kısmen feodalizmin bölünmüş mülkiyet kavramı ile kısmen de kanon hukukunun güç kullanma ve ihkak-ı hakka karşı hukukun üstünlüğü anlayışının ürünüdür. Bir araziye, ürünlerine ve araziye bağlı haklarına malik sıfatıyla zilyet olan kimse, bunların gerçek sahipleri tarafından bile oradan zorla çıkarılamazdı. Bu da sadece feodal hukukun yapısal unsurunu oluşturmamış aynı zamanda Batılı hukuk bilincine önemli ve sürekli bir katkıydı.

Nihayet haksız fiil ve hukuki ilişkide hata kavramsallaştırması da feodal hukuku nitelemektedir. Erken bir dönemden itibaren, bir vasalın lordunun güvenini kötüye kullanması halinde *fiefin*, tıpkı vasalın ölümü üzerine iadesi yahut daha sonra vasalın mirasçısının olmaması halinde olduğu gibi lorda iadesi ("mahlûl olması") geleneksel feodal hukukun kuralı olmuştur. Güvenin bu şekilde ihlali için kullanılan Norman sözcüğü *felony*'dir (ağır suç). İngiltere'de, Norman işgalinden sonra ciddi suçların pek çoğu böyle adlandırılmıştır zira krallığının barışını sağlayan krala borçlu olduğu bağlılığın ihlali olarak değerlendirilmiştir. (Mücrimin arazisi, lorduna geri dönerdi ancak büyükbaşları krala verilirdi.) Ağır suçların dışında kalan diğer suç ve haksız fiiller -İngiltere'de adlandırıldığı biçimiyle "tecavüzler", Norman Fransızcasında *transgressiones*, "günahlar"- aynı zamanda genellikle ilişkilerin ihlali olarak değerlendirilmiştir; örneğin lordlar arası

[25] Bkz. Frederic William Maitland, "The Mystery of Seisin", *Law Quarterly Review*, 2 (October 1886), 481-496.

ya da lordlarla kiracılar arasındaki, efendilerle hizmetçiler arasındaki, mudiler ve mutemetler arasındaki ilişkilerin.

BÜYÜME

Feodal hukuk on birinci ve on ikinci yüzyıllarda bir kez dizgeleştirildiğinde, hızlıca gelişmiş; normlarının özgünlüğü artmış, ilkelerinin yeknesaklığı yerel farklılıkları aşama aşama yutmuş; hakların ve yükümlülüklerin somutlaşması giderek lordun vasal üzerindeki hâkimiyetinin kişiselliğinin üstesinden gelmiş ve vasala *fiefi* yönetirken artan bir özerklik sağlamış; hakların ve yükümlüklerin karşılıklılığı daha da önemli hale gelmiştir. Aynı biçimde ihtilafların yargıya tabi olması ve bütünleşmenin derecesi de artmıştır. Başka deyişle feodal hukukun bütün bu karakteristik özellikleri aynı zamanda feodal hukukun eğilimi, zaman içindeki özerk gelişiminin belirleyicisi haline gelmiştir.

Böylece feodal hukuk on birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda, yeni kanon hukukunun Batı hukuk geleneğinin oluşum aşamasındaki yasallığına damgasını vuran temel özelliklerini paylaşmıştır. Ayırıcı bir Batılı bağlamda feodal hukuk, bir yandan hukuki değerlerin, kurumların, kavram ve kuralların bütünleştirildiği öte yandan zaman içinde bilinçli olarak gelişmeye ve nesiller ve yüzyıllar boyunca büyümeye meyilli özerk bir sistemdir. Yeni feodal hukuk sistemi aynı zamanda hakların ve yükümlülüklerin genelleştirilmesi ve nesnelleştirilmesine, hak ve yükümlülüklerin sahibi olan kişilere, sosyal ve ekonomik statüleri eşit olmayan kimseler arasındaki hakların ve yükümlülüklerin karşılıklılığına ve bu hak ve yükümlülüklerin ilan edildiği süreçlere muhataplarının katılımına olan güçlü vurgusuyla da karakterize olmuştur. Feodal hukuk bu bakımlardan da kanon hukukuna benzemektedir.

Yine de daha evvel söylendiği üzere kanon hukuku ile karşılaştırıldığında feodal hukukun daha az sistematik olduğu, bilinç düzeyinde daha az bütünleştiği, daha az profesyonel olduğu ve daha az bilimsel olduğu hemen eklenmelidir. Feodal hukuk geniş ölçüde gelenekseldir ve bu nedenle papaların ve kralların yaptığı yasalara oranla feodal hukuka daha eleştirel ve şüpheci yaklaşılmıştır. Gratianus'un *Decretum*'undan ve Iustinianus'un *Digesta*'sının yorumlarından öğrenilen hukuktan bahsetmiyorum bile. Dahası feodal hukuk sekülerdi, günahtan arınma sürecinde hâlâ yavaş olan ve acı çeken dünyanın hukukuydu. Kilise'nin

ruhani hukuku değildi. Şüphesiz kanon hukuku da aklın ve vicdanın ışığında yorumlanıyordu ancak feodal hukuk, konu adaletsizlik olunca düzeltmeye hatta inkâra daha açıktı.

Nihayet kanon hukuku, feodal hukukun aksine ortaya çıkabilecek her türlü hukuki meseleyi çözebilecek tamamlanmış bir hukuk sistemi olarak değerlendiriliyordu. Teknik olarak elbette kanon hukuku kilisenin yargı yetkisindeki meseleleri kapsıyordu ancak gerçekte o yetki sadece günah kavramıyla; yani kısmen kilisenin menfaatiyle tanımlanan meselelerle sınırlıydı. Nitekim kralların baronlara karşı hak ve yükümlülükleri dahi, 1215'te İngiltere kralı John'un Runnymede'deki davasında olduğu gibi, kilisenin yargı yetkisine girebilirdi. Öte yandan feodal hukuk ise çok daha dar ele alınıyordu; *fief*in ve lord-vasal ilişkisinin hukukuydu. Kilise'nin ruhani hukukunun karşısındaki seküler hukuk değildi; çatışan çeşitli hukuk sistemlerinden sadece birisiydi.

10 | Malikâne Hukuku [Manoryal Hukuk]

Lord-vasal ilişkileri ve şartlı arazi kirasının feodal hukuku oluşturduğu gibi, lord-köylü ilişkileri ve tarımsal üretimin malikâne hukuku da bir hukuk sistemi oluşturmuştu. Elbette iki sistem birbirleri ile yakından ilişkilidir. Her ikisi de (daha az olsa da) eşzamanlı gelişen merkantilist hukuk, kent hukuku ve kraliyet hukuku ile de ilişkilidir; tıpkı bütün bu seküler hukuk sistemlerinin kanon hukukuyla yakından ilişkili olduğu gibi. Her biri kapsayıcı bir yapısal sürecin, Batı hukuk geleneğinin ayrılmaz parçasıydı.

Avrupa'da malikâne ekonomisi, on birinci yüzyıla dek egemen olmamıştır. On birinci yüzyıldan önceki dönemde, Cermen kabilelerinin batı Avrupa'ya yerleşmesinden sonra, tarımsal üretim ilişkileri tek tip değildi. Bir yandan kabile yapısından ve köylerde hane halkları ile birlikte yaşayan çok sayıda özgür köylü vardı. Bunlar zaman zaman yarıcı olmaları dışında, bir efendinin toprağını işlemeyen ve bir efendiye hizmet yükümü olmayan köylülerdi. Öte yandan o dönemin Avrupa tarımında kölelik de yaygındı. Kölelerin çoğu ya Cermen kabilelerinin savaşta esir aldığı ve köleleştirdiği insanların torunlarıydı ya da on birinci yüzyıldan önce Avrupa'da az çok devam eden savaşlarda kendileri tutsak düşmüştü. Diğerleri ise Roma İmparatorluğu'nda köle olanların torunlarıydı. Ayrıca sekizinci, dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda Doğu'da Frank orduları pek çok Slavı tutsak düşürüp köleleştirdiğinde, Avrupa'daki köle sayısında hızlı ve ani bir artış görülmüştür; gerçekten Batılı *slave* Almanca *sklave* (köle) sözcüğü bu tarihsel deneyimden gelmektedir. (Frank adı da aksine *free*, özgür anlamına gelmektedir.) Kölelerin bir kısmı efendilerinin hanesinde ancak büyük çoğunluğu da tarlalarda çalışırdı.

Lordlukların ortaya çıkışıyla ve özellikle sekizinci, dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda vasallıkla *fief*in bağlanmasıyla, üçüncü bir sınıf olan köylülük -ne özgür ne köle- giderek önemli hale gelmiştir. Sıklıkla serf olarak adlandırılan bu köylüler muhtelif özellikleri ile ayırt edilebilir: (1) Kölelerin aksine serfler, bir efen-

dinin malı değillerdi, alınıp satılamazlardı. (2) Kölelerin aksine serfler, yasal evlilik yapabilirdi. (3) Kölelerin çoğunun aksine serfler kendi yiyecek ve giyeceklerini kendileri sağlardı. (4) Kölelerin çoğunun aksine serfler, evleri, arazileri ve ürünleri üzerinde belirli haklara sahipti. (5) Özgür köylülerin aksine serfler, toprağa bağlıydı; efendilerinin izni olmadan toprağı terk edemez, toprakla birlikte devredilirlerdi. (6) Özgür köylülerin çoğunun aksine serflerin lordun toprağında (*demesne*) ağır işlerde çalışmaları gerekirdi. (7) Özgür köylülerin çoğunun aksine serflerin, arazi karşılığında lorda nevi ve para olarak muhtelif vergiler ödemeleri gerekirdi. (8) Özgür köylülerin çoğunun aksine serflerin arazi üzerindeki tasarruf ve devir hakları hayli sınırlanmıştı ve arazileri onlar ölene dek efendilerinindi.

Bazı bakımlardan serfler geç İmparatorluk'tan kalmıştı, *coloni*, köle olmayan fakat lordun toprağında ağır işçi olan bir tür sınıftı. Aynı zamanda da bağımlılıkları değişken bir tür köylüydüler.

Sekizinci, dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda bütün köylüler - özgür köylüler, köleler, *coloni* ve diğerleri- giderek artan sayılarda gönülsüz, gönüllü ya da yarı-gönüllü olarak efendilerin topraklarına serf olarak sürüldüler. Serflerin toprak sahipliği *mansi*, lordun esas toprağından ("*demesne*") veya *mansus indominicatus*'tan ayrıldı. Yine de serfler, lordun *demesne*sinde hizmet sunar ve diğer görevleri yerine getirirdi ve lord da serflerin elindeki meskenler üzerinde mali, ekonomik, yargısal haklarla polis yetkisini icra ederdi. Malikânelerde serflerden başka, lordun kiracısı -aslında uyruğu- olan pek çok özgür adamlar da vardı. Serflerin Avrupa'daki nüfusunun toplam köylü sayısının yarısını ya da üçte ikisini aştığı şüphelidir.[1] Ancak aynı zamanda köylüler arasındaki özgürlüğün dereceleri de farklıydı.

İç ilişkileri bakımından değerlendirildiğinde *fief* özerk bir topluluk biçimini almış ve Avrupa'nın pek çok yerinde "manor" (*manerium* [malikane]) olarak adlandırılmıştır.[2] Özerk bir topluluk olarak görüldüğünde manorun önemli özelliklerinden birisi, manorun lordunun yüce, serflerininse adi konumudur. Diğer

---

[1] Bkz. Rodney Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant and English Rising of 1381* (London, 1973), s. 61.

[2] *Manerium* terimi, İngiltere'ye Normanlar tarafından 1066'da getirildi ancak kurumun kendisi uzun zamandır mevcuttu. İskandinav halkları ise hiçbir zaman manor sistemi geliştiremedi ancak onuncu yüzyılın başlarında Frank İmparatorluğu'nun batısına yerleşen İskandinavlar (Normanlar) kurumu Franklardan aldı.

önemli özelliği lordun hane halkı, serfler, (orta sınıf olan) şövalyeler, memurlar ve orada yaşayan diğer özgür kimseler (özgür köylüler) de dâhil olmak üzere manorun bütün üyelerinin; birbirlerine olan bağımlılığıdır. Bu iki özellik arasındaysa kaçınılmaz bir gerilim vardır.

Philippe de Beaumaoir on üçüncü yüzyılda serflerin adi konumu hakkında "üçüncü sınıf insanlar" olduklarını, "özgür" olmadıklarını yazmıştır "[serflerin] bazıları lordlarına tabidir ve lord, istediği zaman Tanrı'dan başka kimseye hesap vermeden onların ister hayatta ister ölmüş olsunlar, sahip oldukları her şeyi alabilir ve hapsedebilir". Beaumaoir, bazı serflerin bu konumunu onun döneminde büyük çoğunluğu oluşturan diğer serflerin konumlarıyla karşılaştırmıştır.[3] Ancak söyledikleri on birinci yüzyıldan önceki dönemdeki bütün serfler için geçerliydi. Zira önceki dönemlerde malikâne geleneği, esas olarak o dönemin feodal geleneğine kıyasla nesnellik ve evresellikten (9. Bölümde anlatılan) daha da yoksundu. Bu nedenle de keyfilik ve istismar daha sonraki dönemlere kıyasla daha fazlaydı. Malikâne geleneği, daha sonraki Batı hukuk sistemlerinin diğer özelliklerinden de - aşağıdakiler ve yukarıdakiler arasındaki hukuki ilişkilerin karşılıklılığı, katılımcı adalet, bütünleşme ve büyüme- yoksundu.

Yine de manordaki lordla köylülerin arasındaki bağımlılık, bir ölçüye kadar hukuki güvencesizliğin üstesinden gelmeye yardımcı olmuştur. Tipik olarak bir lord, Batılı olmayan pek çok derebeylik rejiminde olduğu gibi gaipteki bir mülk sahibi ya da sadece bir vergi tahsildarı değildi. Mülkünde yaşardı ve mülkün yönetimine nezaret ederdi. Manorunu ya da manorlarını bir temsilci aracılığıyla yönettiği zamanlarda bile kendi lorduna (ister kral olsun ister orta seviyede bir lord) olan askerî ve ekonomik yükümlülüklerini yerine getirebilmek için manorun ekonomik kazancına bağımlıydı. Aynı derecede önemli olan husus şudur ki, lord bütün manor halkının siyasi lideridir; manorun düzenini sağlamakla, manoru dış saldırılardan korumakla ve manoru idare edecek memurları atamakla ve manor meclisine başkanlık etmekle sorumluydu. Bir kere daha anımsatalım on birinci yüzyıldan önceki manor hayatının bütün boyutları sonraki döneme kı-

---

[3] Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis,* ed. A. Salmon, II (Paris, 1970), secs. 1451-1453; Georges Hubrecht, "Commentaire historique et juridique", ibid. III (Paris, 1974), ss. 184-186.

yasla çok daha gevşekçe düzenlenmiştir ve yerel ve münferit dış merkezlere çok daha fazla tabidir.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda özellikle 1050 ve 1150 arasında feodal geleneğin feodal hukuka dönüştüğü gibi malikâne [manor] geleneği de aynı dönemde malikâne hukukuna dönüşmüştür. Feodal hukukta olduğu gibi malikâne hukukunun normlarının da nesnelliği ve evrenselliği artmıştır. Her ne kadar feodal hukuktaki gibi biat ve bağlılık olmadığı için daha az görünür olsa da köylülerle lord arasındaki ilişkilerin hukuki karşılıklılığı gelişmiştir. Üstelik ömür boyu bağlılığı sağlayacak bir lord-köylü sözleşmesi de yoktu. Bununla birlikte köylüler, çalışma koşullarını iyileştirmek için lordun üzerinde sadakat şartını ve karşılıklı ödünleri gerektiren bir baskı oluşturabiliyordu. Dahası malikâne hukuku manorun üyelerinin oluşturduğu bir meclis tarafından yönetiliyordu; bu meclise, manorun vekilharcının başkanlığında görülen ihtilafların çözümünde katılan serfler de dâhildi. Son olarak on birinci ve on ikinci yüzyıllarda malikâne hukuku, daha az ölçüde olmakla birlikte feodal hukuk gibi, kavramların ve usullerin bütünleştiği bir nitelik kazandığı gibi nesiller ve yüzyıllar boyunca kademe kademe gelişme niteliğini de kazanmıştı.

Ancak feodal hukukun aksine on birinci ve on ikinci yüzyıllarda yeni malikâne hukuku sisteminin ortaya çıkışı doğrudan sınıf savaşıyla ilişkiliydi. Feodal hukuk esas olarak aynı ekonomik sınıfa ait kimseler arasındaki ilişkiyi, feodal aristokrasinin ilişkilerini düzenlerken malikâne hukuku esas olarak zenginle fakir, yönetenle yönetilen ve "işletme" ile emek gücü arasındaki ilişkileri düzenliyordu. Bu durum, malikâne hukukunun sadece köylülere dayatıldığı anlamına gelmez; aksine kendi sınıflarının çıkarlarını koruyacak kozları vardı. Özellikle on birinci ve on ikinci yüzyıllarda, ekonomik koşullardaki ilerleme, köylülerin çalışma koşullarında esaslı iyileştirmelerin yapılmasında ısrarcı olmaları için elverişli bir zemin hazırlamıştır. Ancak yeni hukuk kurumunun gelişiminin bu gelişmeleri güvence altına alması sadece ekonomik koşullardaki değişimlere değil hukuki koşullara da bağlıydı. Hem köylülerin hem de lordların ekonomik çıkarlarına ilişkin ihtilafları çözmek için başvurdukları yeni hukuki kavram ve kurumlar ile hukuka yeni yaklaşımlar ortaya çıkmıştı ya da çıkıyordu.

On birinci yüzyılın sonları on ikinci yüzyılın başlarında refahın muazzam artışının hayati boyutlarından birisi kuzeyden, do-

ğudan ve güneyden gelen askerî atakların durmasıdır. Gerçekten on birinci yüzyılın sonlarında Batı, Ortadoğu'yu askerî olarak işgal edecek ekonomik güce kavuşmuştu (Birinci Haçlı Seferi). Refahın artışının boyutlarından bir diğeri de toprağın ıslahı ve sömürgeleştirme hareketleriydi. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda Avrupalılar ormanları açmış, boş arazilere el koymuş, bataklıkları kurutmuş ve İngiltere, Almanya, Flamanya ve diğer yerlerde denizden toprak kazanmıştır. Pek çok Avrupalı Slav ve Macar topraklarına göç etmiştir. Bu gelişmeler nüfus artışı ile de ilişkiliydi. Nüfusun sabit olduğu ya da azaldığı yüzyıllardan sonra, Fransa'nın nüfusu, on birinci yüzyılın ortaları ile on dördüncü yüzyılın başlarında yedi milyondan yirmi milyona; İngiltere'nin nüfusu ise aynı dönemde yaklaşık iki milyondan aşağı yukarı üç buçuk milyona yükselmiştir. On birinci yüzyıl ve sonrasında tarımsal üretimin artmasıyla sonuçlanan esaslı teknolojik gelişmeler de yaşanmıştır; ticaret büyümüş, Batı Avrupa'nın her yerinde yeni kent ve kasabalar ortaya çıkmıştır.

Bu faktörler, köylülerin ekonomik durumunu önemli ölçüde güçlendirmiştir. Nüfus artışının, köylülerin bireysel emeklerinin değerini düşürdüğü düşünülebilir ancak bu yöndeki her eğilimin karşılığı, büyümeyi yaratan ekonomik faktörlerin gelişmesi olmuştur; arazilerin erişilebilirliği, genişleyen kent ve kasabalara gidebilme ihtimali ve parasal ekonominin başlaması gibi. Aslında yapılacak işlere kıyasla işgücü açığı mevcuttu. Daha önemlisi, nüfus artışı köylülerin sınıf bilincinin, yani hayat ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi mücadelesinin asli unsurunun gelişmesine katkıda bulunmuştur.

Papalık Devrimi'ni gerçekleştiren Kilise de köylülerin lehine politikalar izlemiştir. Kilise serflere, papaz olarak özgürleşme fırsatı sunmuştur.[4] Düzenlediği Birinci Haçlı Seferi ile de Kutsal Savaşa gönüllü asker olarak özgürleşme fırsatı sağlamıştır.[5] Bütün bunlara ek olarak bütün arazisinin belki de dörtte birine ulaşan topraklarıyla Avrupa'nın en büyük mülk sahibi olan Kilise,

---

[4] Feodal hukuka ve malikâne hukukuna göre, bir serf, lordunun izni olmaksızın rahip olamazdı; kanon hukukuna göreyse özgür olmayan kimse rahip olamazdı. Bununla birlikte rahip olmak isteyen bir serfi azat etme baskısı ya da bir serfin çocuklarını rahip olmak üzere göndermesine izin verilmesi azımsanmamalıdır. Zira burada daha önce anlatıldığı üzere ruhbanların çoğu eskiden serfti.

[5] 4. dipnota bkz. Yine belirtelim, lordun izni gerekliydi ancak böylesi bir izni vermemek sonsuza kadar lanetlenme riskini almak demekti.

köylüleri genellikle sunduğu daha iyi yaşama ve çalışma koşullarıyla cezbetmiştir. Bir manordan yasal ya da yasal olmayan yollarla Kiliseye kaçmak, bir manordan koşulları daha çekici bir başka manora ya da kentlere kaçışı da özendirmiştir. Böylece lordlar, köylülerin şikâyetlerinin baskısı altında kalmıştır.

Kilise, on birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kendi topraklarında köleleri genellikle azat etmiş ve böylece diğer araçlarla birlikte Avrupa'nın pek çok yerinde köylülerin köleliğinin gözle görülür biçimde ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmuştur (Hane içindeki kölelik bazı yerlerde varlığını sürdürmüştür). Bu, serflerin daha da ezilmiş bir sınıfın rekabetinin baskısından azat edilmesinin tali etkisiydi. Burada yine ekonomik ve ideolojik unsurlar devreye girmişti. Hıristiyan liderler daha evvel kölelere insanca davranılması gerektiğini ve bir köleyi azat etmenin uhrevi ve saygıdeğer bir davranış olduğunu öğretirken köleliği hayatın bir gerçeği olarak kabul etmişti. Papalık Devrimi'nin sonucunda ise Kilise ilk kez kölelik hakkındaki kendi görüşlerini hukuken sistemli biçimde ifade etmiştir. Köleliğin kendisinin günah olmadığını ama Bir Hıristiyan'ın bir başka Hıristiyan'ı köleleştirmesinin günah olduğunu savunmuştur.[6] Örneğin İngiltere'de, Norman işgalinden sonra nüfusun neredeyse yüzde onu tapu kütüğüne (*Domesday Book*) köle olarak kaydedilmiştir. Bunların çoğu sığırtmaç ve rençperdir. İzleyen iki veya üç nesilde bu kölelere serf olarak küçük arazi parçaları verilmiş ve İngiltere'de kölelik görünürde ortadan kalkmıştır.[7]

Avrupalı serfler, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda ilk defa kendi lordlarından bir başka lorda illegal olarak sığınma riskini

---

[6] Kanon hukukçuları, köleliğin, pozitif hukuka göre yasal olduğunda genel bir uzlaşma içinde olmakla birlikte doğal hukuka aykırı olduğunu oy birliği ile kabul etmişti. "Kilise, otoritesinin ağırlığını Roma hukukunun efendinin keyfi iktidarını sınırlayan ve köleyi koruyan hükümlerine vermişti ve bu yasaların uygulanmasında kendi cezalarını eklerken kölelerin evlenmesine ilişkin hükümlerde [Iustinias'un Roma hukukundan da] ileriydi". R. W. Carlyle and A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West, II* (London, 1090), 129. Nitekim kanon hukukuna göre özgür bir kimse ile bir kölenin evliliği geçerliydi. Gratianus, Aziz Büyük Gregorius'un sözlerini aktararak yinelemiştir: "[Gregorius] tecessüdün amacını insanların bağlı olduğu kölelik zincirinin kırılması ve onların ilkel özgürlüklerine kavuşması olarak tarif eder. Böylece, tecessüdün, ulusların yasalarının zincire vurarak köleleştirdiği insana başlangıçtaki özgürlüğünü; insanın birlikte doğduğu özgürlüğü geri verdiğini ileri sürmüştür". Ibid., s. 135. Ayrıca bkz. Marc Bloch, *Feudal Society*, s. 259.

[7] Hilton, *Bond Men*, ss. 65.

alabilecek kadar güçlenmiştir. Ancak Fransa, İngiltere ve Almanya'da yaygın köylü ayaklanmaları ve serflerin büyük sayılarla azat edilmeleri dönemi on üçüncü yüzyılın sonları ile on dördüncü yüzyıla kadar beklemiştir. Ancak on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında İtalya'da ve nadiren Fransa, Almanya ve İngiltere'de aralıklı köylü ayaklanmaları görülmüş ve köylülere özgürlük beratları verilmiştir. Bu sarsıcı olaylardan başka 1050 ve 1250 yılları arasında serflerin ekonomik konumu aşamalı olarak iyileşmiş ve daha önemlisi temel hakları aşamalı olarak kabul edilmiştir. Aslında serflerin temel hakları uğruna bu isyanlar ve azatlar gerçekleşmiştir.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda malikâne geleneğinin malikâne hukukuna dönüşmesi; en iyi feodal geleneğin feodal hukuka dönüşümü tarif edilirken altı kategori ile değerlendirilebilir; (1) nesnellik, (2) evrensellik, (3) karşılıklılık, (4) katılımcı adalet, (5) bütünleşme ve (6) büyüme.

Nesnellik ve Evrensellik

On birinci yüzyıldan önceki yüzyıllarda serflerin ve diğer köylülerin örf ve âdet hukukunun normlarıyla görece çok az sınırlandırılan görevleri ve yükümlülükleri çok değişkendi. Serflerin ve köylülerin en önemli hizmetlerini lordun topraklarını sürme (köylünün tohum bulmasını da kapsayabilirdi), haftalık çalışma (yani lordun *demesne*'sinde çalışması gereken gün sayısı), lûtfen çalışma (teoride gönüllü olan, ot biçme ve hasat da dâhil fazla mesai), taşıma hizmetleri (erzakın lordun evinden ve lordun evine taşınması), kereste kesimi, gübreleme ve yolların onarılması oluşturuyordu. Lord başka görevler vermekte özgürdü.

İşgücü hizmetlerine ek olarak serflerin ve köylülerin muhtelif mâli yükümlülükleri ve diğer yükümlükleri de vardı. Sözde kafa-vergisi (*capitagium;* Fransızca *chevage*), küçük bir miktar olsa da köylünün aşağıdaki statüsünün en önemli simgesiydi. Genellikle geleneksel bir çiftlik kirası da *cens* öderlerdi. Lord ayrıca "*tallage*" (Fransızca *taille*'den gelir, bir ağaçtan bir kesik ya da çentikle ödenen verginin kaydı tutulurdu) adı verilen düzenli ve arızi vergiler salabilirdi. Serfin ölümü üzerine en iyi hayvanı ve diğer malları (*heriot*) lorda verilirdi. Sebepleri zamana ve mekâna göre değişmekle birlikte daima köleliğin hatırlatıcısı olan daha bir sürü ödeme, ağır iş ve yükümlülük mevcuttu. Bir serf lordunun izni olmadan evlenemez ve istediğinde manoru terk ede-

mezdi; eğer mirasçı bırakmadan ölürse meşgul olduğu toprak lorda iade edilirdi.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda bu çeşitli tiplerdeki hizmet ve yükümlülükler daha kesin düzenlemelere tabi hale geldi. Lordun talep edebileceği hizmetlerin ve her hizmetin süresinin belirli sınırlarının olması gerektiği büyük ölçüde kabul edilmeye başlandı. Örneğin haftalık çalışma, her hafta için günlük çalışma süresiyle sınırlandı ya da çalışma yerine ödeme yapılmasına karar verildi. Böylesi sınırlar genel bir zemine oturtuldu; sadece tek tek manorlarda ya da yerellerde değil fakat verili bir bölge ya da ülkedeki bütün manorlarda, hatta bazı durumlarda (Batı) Hıristiyan âleminin tümünde. Nitekim bir serfin evlenmek için lordunun iznini alması zorunluluğu, serf lordunun topraklarının dışında evlendiğinde vergiye (*forismaritaglum*); lordunun topraklarında evlendiğinde ise lorda ödenen vergi çeyiz karışımı bir ödemeye; kadın-eş vergisine (*mercheta mulierum*) dönüştü. Kendisi aşağı tabakadan bir aileden gelen Papa Hadrianus ise, lordunun rızası olsa da olmasa da bir serfin evliliğinin geçerli olduğunu ve feshedilemeyeceğini ilan etti.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda Avrupa'da yaygın bir fenomen olan köylülerin hizmet ve yükümlülüklerinin sabit mâli ödemelere dönüştürülmesi, sadece paranın malikâne (manor) ekonomisine katılmasını değil aynı zamanda o dönemde malikâne hukukunun nesnelleşme ve evrenselleşme eğilimini de yansıtmaktadır. Bununla birlikte malikâne hukuku; kanon hukuku bir yana feodal hukuk, merkantilist hukuk, kent hukuku ve kraliyet hukukunun ulaştığı seviyede bir nesnelliğe ve evrenselliğe ulaşamamıştır. Bunun sebeplerinden birisi manordaki sınıf çatışmasının keskinliği olabilir. Zira lordun hâkimiyeti, onun iradesinin nesnel ve evrensel hukuk normlarıymış gibi dayatılması sonucunu doğurabilirdi. Daha akla yakın bir sebep ise, manor hayatının kesin, spesifik, genel ve ayrımcı olmayan normlardan ziyade resmî olmayan, samimi ve dağınık düzenlemeleri gerektiren doğasıydı. Manor pek çok bakımdan geniş bir aile veya küçük bir aşiret yahut köy gibiydi. Yine de şaşırtıcı olan malikâne hukukunun hane halkının başının ve maiyetinin istek ve çıkarlarına ne ölçüde cevap verdiği değil, daha ziyade bir şekilde nesnellik ve evrensellik kazanmış olmasıydı. Lord ya da temsilcileri (kâhyası, çiftlik emini [daha sonra] "belediye başkanı") hizmetkârları ile birlikte manordaydı ve lordun iradesini yasayla ya

da başka yollarla gerçekleştirirdi. Ne var ki köylüler lordun iktidarının keyfiliğine bir sınır çizebilmek için lordla olan ilişkilerini hukukileştirme ihtiyacını duymuşlardır. Malikâne hukukunun güçlenmesi, bir yandan lordla ve maiyetinin çatışan çıkarlarının dengelenmesinin göstergesiydi öte yandan bir bütün olarak alınan manordaki köylülerle ilişkilerin dengelenmesiydi. Aynı zamanda da manor sisteminin, karakterini döneminin daha geniş toplumsal, ekonomik ve siyasi bağlamından ne ölçüde aldığının göstergesiydi ki, o bağlamda yasallık merkezî bir rol oynamıştır.

Lordlarla Köylülerin Karşılıklı Hakları

On ikinci yüzyılda Batı Hıristiyan âlemindeki bütün köylüler, serfler de dâhil olmak üzere, yasayla korunan haklara sahipti. Lordun toprağını belirli süre ve şartlarla tutma ve karşılığında lordun himaye ve korumasını isteme hakkı bu hakların arasında yer almaktaydı. Bütün köylülerin örf ve âdet hukukuna göre köyün ortak arazisini; otlak, çayır ve ormanlar da dâhil olmak üzere kullanma hakkı vardı. Ayrıca Avrupa'nın çoğu bölgesinde pek çok köylü zımni olarak daha önceki zamanlardan kalma özgür köylü topraklarına sahip olma hakkına sahipti.

Bir köylünün hatta bir serfin, lordun toprağını tutma hakkı büyük önem taşıyordu. Manor iki bölüme ayrılmıştı. Bunlardan ilki, kâhyaların yönettiği ve köylülerin çalıştığı lordun *demesne*'siydi; diğeri ise köylülerin, lordun topraklarında çalışmak zorunda olmadıkları günlerde işledikleri kendi topraklarıydı. Perry Anderson'un işaret ettiği üzere "manorun bu ikili zirai statüsü, Batı feodalizminin yapısal özgünlüklerinden" birisiydi ve "gelişmiş üretkenlikten doğrudan üreticinin payına düşen bir fazlalık" yaratan ekonomik sonuçları vardı.[8] Daha önemlisi köylülerin kendi ekonomik çıkarları ile lordunkileri ayrıt etme ve kendi çıkarlarının peşine düşme eğilimlerine hukuki bir zemin sağlıyordu.

Arazi kullanım hakkına bağlı olarak köylülerin, lordlarına karşı kiraya bağlı vergi verme, hizmet etme ve diğer yükümlülükleri vardı. Bu yükümlülüklerin çoğaltılamaması genel bir kuraldı; geleneklerle kesin olarak belirlendikleri varsayılırdı. Yükümlülüklere ve genişliklerine ilişkin ihtilafların yasayla çözümlenmesi beklenirdi. Lord-vasal ilişkisinin aksine köylülerle (serf-

---

[8] Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism* (London, 1974) [Türkçesi: *Antikiteden Feodalizme Geçişler*, çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, 2017], ss. 149, 185.

lerle de) lordların hak ve yükümlülüklerinin karşılıklılığı bireysel sadakat yeminine ya da başka sözleşme biçimlerine dayandırılamamıştı. Bununla birlikte köylülerin sadakatinin lordun atalarından kalan imtiyazlarına ve gerektiğinde kazanacağı imtiyazlara riayet etmeye gönüllü olacağı ve köylülere adil davranacağı inancına dayandığı düşünülmekteydi.

Lordları köylülerin haklarını çiğnediğinde, özgür köylüler şikâyetlerini malikâne lordunun üzerinden onun lorduna ya da krallığa iletebilirlerdi. Rodney Hilton, İngiltere'deki Staffordshire lordu ile köylüler arasındaki bir ihtilafın 1272'den 1307'ye kadar, otuz beş yıl sürdüğünü söyler. Çünkü söz konusu arazi daha önce kraliyetin demesnesiydi, kiracılar da II. Henry'den, bir yüzyıl öncesinden gelen bir geleneğe dayanarak krala başvurmuşlardı. Köylüler, sadece yıllık beş şilin sabit kira ile belirli vergileri ödemekle yükümlü olduklarını iddia etmişler; buna karşılık lord, köylülerin geniş bir hizmet yükümü, ayni vergi, ağır bir ölüm vergisi (*heriot*), kızlarının evlenmesinde "merchet" (evlenme izni için ödenen vergi) ve kızları iffetsiz çıkarsa *"leywrite"* (iffetsiz kadınlar için ödenen para cezası) ödeme gibi yükümlülüklerinin olduğunu iddia etmiştir.[9]

Serflerin, manor lordu dışında bir mahkemeye başvurma hakları olmadığı için yasal çareleri daha sınırlıydı. Yine de manor mahkemelerinde korumasız değillerdi ve çalışma koşullarını iyileştirecek ve koruyabilecek başka baskı araçları vardı. Lordlarından, kendilerini azat etmesi dâhil olmak üzere toplu olarak talepte bulunabilirlerdi; her ne kadar köylüler bedelini ödemek zorunda kalsalar da böylesi azatlar giderek daha sıklaşmıştı. Köylüler zaman zaman taleplerinin yerine getirilmesi için iş bırakabilirdi. Son çare olarak başka bir manora kaçabilirlerdi.

On ikinci yüzyılda grup baskısının dramatik örneklerinden birisi, Fransa'da Île de Ré sakinlerinin toplu firarıdır. Lord hiçbir köylüyü çalışmaya ikna edemeyeceği kadar çok imtiyaz kazanmıştır. Bu tip baskılarla baş etmek için lordlar, kaçak serflerin yakalanması için karşılıklı anlaşmalar yapmıştır. Ancak başka topraklardaki serflerin aklını çelmek için de aynı ölçüde rekabet etmişlerdir.[10]

---

[9] Hilton, *Bond Men*, ss. 69-70.

[10] Achille Luchaire, aktaran Maurice Dobb, *Studies in the Development of Capitalism* (London, 1946) [Türkçesi: *Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler Geçiş Tartışmaları*, çev. F. Akar, Belge Yayınları, 1992], s. 46.

Sınıf çatışmasının sonucunda hak ve yükümlüklerin karşılıklılığının hayata geçirilmesine ilişkin belki daha dikkat çekici bir örnek ise köylü isyanları üzerine, on ikinci yüzyıl kadar erken bir dönemde İtalyan kent komünlerinde serflere özgürlük beratlarının verilmesidir. Bu beratlar, sadece sabit kira garantilerini değil aynı zamanda keyfi tutuklamaya karşı güvenceleri de içermekteydi.

Nihayet serflerin sadakatsizliği, lordun imtiyazlarına uymaya gönülsüzlüğüne -ya da yeteneksizliğine- bir misilleme haline gelmiştir. Bu, vasalın *diffidatio* hakkının resmî ve şeklî olmayan bir benzeridir. On dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda köylülerin manorlardan kaçışının yıkıcı boyutlarda olduğu düşünülmüştür.[11] Bu nedenle de feodal hizmetlerin terki için hapis cezasını, alından damgalanmayı ve başka sert cezaları öngören yasalar çıkarılmıştır. On beşinci yüzyılda İngiliz hukukuna göre manora bağlı kimselerin zanaat öğrenmesi ya da değeri yirmi pounddan daha az olan arazi sahiplerinin oğullarını çırak olarak vermeleri yasaktı. Ancak bu önlemler, İngiltere'de ve Avrupa'nın pek çok bölgesinde köylülerin manorları terki sistemi bozduğu için nafileydi.[12] Çok başlarda olan karşılıklılık çökmüştü.

Katılımcı Adalet

Batı hukuk geleneğinin oluşum döneminde Batı'nın diğer politik birliklerinde olduğu gibi manorun bünyesinde de resmî yönetim yargı ile yakından ilişkiliydi. Öyle ki, yasama ve yürütme etkinlikleri dikkate değer ölçüde yargısal faaliyetlerle birleşmişti ve mahkeme denilen bir kurumda yürütülürdü. Bu kuruma "yasama" ya da "yürütme" yerine mahkeme denmesi, yasaların yapılmasının ve yürütülmesinin yönetimin önemli işlevleri olmadığına işaret etmemektedir. Aslında manor mahkemeleri, papalık ve kraliyet, senyörlük, kent mahkemeleri ve merkantilist mahkemeler gibi kendi yetki alanlarında geniş yasama ve yürütme yetkilerine de sahipti. Perry Anderson adaletin "siyasi iktidarın *merkezî* kipliği" olduğunu söylerken haklıdır. Ancak bunun feodalizmde "modern anlamıyla devletin yasaların uygulanmasının sürekli ve idari bir aygıtı" olarak "herhangi bir 'yürütme'yi dışarıda bırakan egemenliğin parçalanması"nı zorunlu

---

[11] Ibid., s. 46.

[12] Ephraim Lipson, *Economic History of England,* 7th ed., I (London, 1937), 92-94.

kıldığı ve "daha sonraki ortodoks 'yasakoyucu'ya" yer bırakmadığı "zira feodal düzenin *yeni* yasaların yapılması suretiyle beliren genel bir siyasi yenilik kavramına" sahip olmadığı varsayımında yanılmaktadır.[13] Aslında merkezî bir devlet aygıtı kilisede mevcut olmakla birlikte papalık meclisince yönetiliyordu ve kilise hem papalık meclisi hem de kilise konsülleri aracılığıyla yeni yasalar yaparak değişiklik yapıyordu. Kraliyet yönetiminde de paralel gelişmeler yaşanıyordu. Gerçekten manor mahkemeleri, sadece davaları görmez ve hüküm vermez, fakat aynı zamanda zaman zaman yasa da yapan gelişmiş idari bir aygıt aracılığıyla yasaları da uygulardı. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda arasındaki fark, yasama ve yürütme işlevlerinin o zamanki yokluğu şimdiki varlığında ve o zamanki iç içeliği şimdiki fonksiyonlar ayrılığında değil, daha ziyade öncelikle o zamanki iç içeliği bugünkü fonksiyonlar ayrılığında ve ikinci olarak yasama ile yürütmenin yargı tarafından kapsanmasında yatmaktadır. O dönemde yasa yapmanın kendisi müzakere ve keşif süreci gözüyle görülmekteydi. Yasalar ister doğru ister yanlış ister haklı ister haksız olarak değerlendirilsinler, yapılmaları ve uygulanmaları uyuşmazlıklara uygulanmalarından keskin biçimde ayrılmamıştı.

Manorda adaletin tesisi, lordun ayrıcalığıydı tıpkı kraliyette adaletin tesisinin kralın ayrıcalığı, kilisede adaletin tesisinin papanın ayrıcalığı olduğu gibi. "Kral her yerde egemenken ve hukuku [*droit, right*] krallığını muhafaza ederken" diye yazar Beaumanoir "her baron kendi baronluğunda egemendi".[14] Beaumanoir ayrıca şöyle yazmıştır "Her lordun *fief*inde kendi yargıçları vardı -alt derecede ve yüksek- … *Fief* ve adalet -hepsi birdi".[15] Bu, şüphesiz bir abartıydı, sadece büyük lordlar için geçerliydi. Manor lordlarının çoğunun alt derecede yargıçları vardı. Yine de manor lordunun yargıcı, lordu gerçekte hane halkını oluşturan manordaki memurların ve manorun asıl nüfusunu oluşturan köylüler üzerinde uygulamak üzere geniş yetkiyle donatmıştı. Manor lordunun yargıcı, aynı zamanda lordun yetkilerini keyfi kullanmasının asıl sınırı ve lordlarla köylülerin hak ve yükümlülüklerinin karşılıklılığını korumanın ve sürdürmenin asıl aracıydı.

[13] Anderson, *Passages*, ss. 152-153.
[14] Beaumanoir, sec. 1043.
[15] Ibid., sec. 295.

Manorun vekilharcı; ki, çoğunlukla manor yönetimini ilgilendiren mevzularda lordun temsilcisiydi, genellikle manor mahkemesine başkanlık ederdi. Manorun diğer memurları; kâhya (genel müfettiş gibi davranırdı), bekçi (mahsulleri korurdu), korucu (ormanları korurdu), kira tahsildarı ve diğerleri, sıklıkla lordun ayrıcalıklarını ihlal eden kimselere karşı savcı gibi hareket ederek manor mahkemelerindeki yargılamalara katılırdı.

Mahkemenin kendisi lorddan vekilharca ve en alttaki serfine kadar manorun bütün üyelerinden oluşurdu. Hepsi yargıçtı; davanın tarafı *suitor* (davanın tarafı) olarak adlandırılırlardı ve "davayı ödedikleri" söylenirdi. Gerçekten mahkemeye katılmak ve yargılamak bir yükümlülüktü ve bu yükümlülüğün bir parçası olarak da lorda bir ücret ödemek zorundaydılar. Manor mahkemelerindeki oylamalara dair çok şey bilinmektedir; mevcut manor mahkemesi kayıtları karşı oyları nadiren göstermektedir, öte yandan hüküm, bütün mahkemenin kararı olarak sunulurdu. Yargılama hakkı ve görevi hususunda ya da ihtilafın tarafları olduklarında uyulacak usul konusunda özgür köylülerle serfler arasında hiçbir ayrım yapılmazdı.

Manor adaletinin tesisi için bütün üyeleri arasında sıkı iş birliği gerekmekteydi. Ancak aynı iş birliği, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda Avrupa'da tarım sisteminin işlemesi için de gerekliydi. Çoğu tarihçi burada, lordların ayrıcalıklarına ve köylülerin eşitsiz statüsüne yoğunlaşırken, üretim ilişkilerinin ve biçiminin diğer boyutlarını ihmal etmiştir. Açık arazi sisteminde, muhtelif köylü ailelerinin dağınık olarak yerleştiği ekilebilir topraklar genellikle uzun, dar şeritler halinde bölünmüştür. Köylülerin, farklı kimselere ait bitişik toprakları sürecekleri hayvanları akılcı kullanabilmeleri ve olası çatışmalardan kaçınmak amacıyla ekin ve hasat zamanlarını ayarlayabilmeleri için çalışma yöntemlerinde uzlaşması önemliydi. Ayrıca otlak, çayır ve ağaçlık arazilerin ortak olması, onlardan yararlanmak için de uzlaşmayı zorunlu kılıyordu. Üstelik her yıl başka ürünün yetiştirildiği ürün nöbetleri, ekilebilir arazilerin dönemsel olarak otlağa dönüştürülmesine ve hayvanların buralarda otlayarak gübre bırakmasına olanak sağlıyordu.[16] Sonuç olarak açık arazi sisteminin bizatihi kendisi, manorun bütün üyelerinin sıkı iş birliğini zorunlu kılıyordu. Hilton'un belirttiği üzere köyün (ya da manorun) çoğunlukla "top-

---

[16] Bkz. John P. Dawson, *A History of Lay Judges,* (Cambridge, Mass., 1960), s. 194.

luluk", üyelerinin de "komşu" olarak adlandırılması "duygusal değil olgu gereğiydi. Açık arazi tarımının anlamı tek bir adamın uğradığı zararın, lord da dâhil olmak üzere herkesin zararına olmasıydı". Hilton, çitlerini koruyamadıkları için manastırın ve "diğer komşuların" ürünlerinin zarar görmesine yol açmakla itham edilen yedi kişinin davasına atıfta bulunmaktadır. "Bunlar açık arazilerde ürün yetişirken, hayvanların girmesini önlemek ve sadece kendilerine ait ürünleri değil, arazide payı olan herkesin ürünlerini korumak için her kiracının çevirmesi gereken çitlerdi".[17]

İş birliğinin sürekliliğinin sağlanması için gereken bu kural ve usullerin, malikâne geleneğini (manor) oluşturduğu düşünülmekteydi. Eğer saban süren öküzler zarar görürse, eğer ekilebilir araziler gübrelenmezse, eğer bir kimse hasat zamanı çalışmazsa malikâne geleneğine göre manor mahkemelerine başvurulabilirdi. Benzer biçimde eğer bir kimse bir başka kimseye saldırır veya adını karalarsa, satın aldığı ürünler için ödeme yapmazsa ya da bir başkası için kulübe yapma sözünü tutmaz yahut birine iftira ederse, mağdur manor mahkemesine şikâyette bulunabilirdi.[18]

Böylece manor ekonomisinin serf-düzenlemesinin karmaşıklığı pek çok medeni ve cezai sorunun manor mahkemelerinde çözülmesine sebep olmuştur. Lordun arazisine tecavüz, ürünlerini çalma, çalışmama ve vergi ödememe gibi lordun haklarının ihlali durumunda da para cezaları verilmiştir.

Bütün bu meseleler manor mahkemelerinde, bütün tarafların katılımıyla çözülmüştür. Lordun ve memurlarının gücü nedeniyle onların lehine hareket edildiği varsayılabilir. Ancak kayıtlı davalarda onların çıkarlarının korunmadığı görülmektedir. Örneğin zaman zaman köylüler, arazilerini başka birilerine kiralayan lorda karşı başarılı davalar yürütmüştür. Yine bir davada manorun lordu, bir serfi, serfin hak ettiğinden daha fazlasını elinde tuttuğu gerekçesiyle arazisinden çıkarmak istemiştir. Buna karşılık serf de kendisiyle aynı durumdaki diğer kiracıların da "herhangi bir cezaya ya da şikâyete maruz kalmadan ve izne tabi olmadan muhtelif mülkleri ellerinde tutmaya alışık olduklarını" ve

[17] Rodney H. Hilton, *A Medieval Society* (London, 1966), ss. 150-151.

[18] Bkz. W.O. Ault, *Open-Field Farming in Medieval England: A Study of Village By-Laws* (London, 1972), ss. 145-174. Burada manor mahkemelerinin kayıtları modern İngilizceye çevrilirken yinelenmiştir.

kendisinin bunu "bağlılığını bildirerek (manorun bütün üyeleri aracılığıyla) yahut diğer hukuki araçlarla göstermeye hazır olduğunu" ileri sürmüştür. Bu davanın sonucundaki kayıt "Ortaya konulan sorunun çözümü için, tam bir müzakere yapılması amacıyla süre verilmiştir" demektedir.[19] Manor mahkemelerinde görülen ve doğrudan lordun mülkiyet haklarına ilişkin davaların yanı sıra, onun kâhyası ve diğer memurları aleyhine gerek yargılama veya soruşturma sonucunda gerekse jüri tarafından verilmiş kararlar mevcuttur.[20]

Manor mahkemeleri sadece sorun çözmemiş ya da para cezasına hükmetmemiş fakat aynı zamanda manor ekonomisinin idaresine ilişkin kurallar koymuş ve düzenlemeler yapmıştır. Görünen o ki, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda bu düzenleme ve kurallar yazılı değildi; İngiltere'de on üçüncü yüzyılın ikinci yarısından önce herhangi bir yazılı kayda rastlanmamaktadır. Ancak sonrasında, ortak arazi ve otlakların kullanımını, hububatın hasadını (artan başakların fakirler tarafından toplanması da dahil olmak üzere), kapıların ve çitlerin korunmasını, atların ve diğer hayvanlarını bağlanmasını, arazinin nöbetleşe ekimini ve manor ekonomisini ilgilendiren diğer hususları düzenleyen çok sayıda "nizamname" ve "talimatname" mevcuttur. Bu düzenlemeler, manor mahkemelerinde görev alan bütün manor üyeleri tarafından dönemsel olarak yayımlanmıştır. Bu düzenlemeler genel olarak "bağlılıklarını bildiren herkes tarafından emredilmiştir ki" ya da "serf ve özgür bütün sakinler tarafından düzenlenmiştir ki" yahut "Lord ve kiracıları hükmetmiştir ki" gibi ifadelerle başlardı. Lordun mülkiyet haklarının korunması güçlü biçimde vurgulanmıştır ancak esas vurgu manordaki çalışmanın örgütlenmesi ile özgür ve serf bütün kiracıların haklarının başkalarının yasal temeli olmayan müdahalelerinden korunması üzerinedir.[21]

Bütünleşme ve Büyüme

Her ne kadar malikâne hukukunun, kendisine bütünleşmiş bir kurallar ve usuller sisteminin karakterini kazandıran birbirleri ile ilişkili pek çok özelliği bulunsa da hâlâ kanon hukukunun

---

[19] Ibid., s. 151. Bu olay 1290'da vuku bulmuştur ama yüz elli yıl önce de kolayca vuku bulabilirdi.

[20] Ibid, s. 157.

[21] Ibid., ss 81-144, yönetmelikler yinelenmiştir.

ilkeli niteliği ve mantıksal tutarlılığından yoksundur, kesinlikle üniversitelerde öğretilen Roma hukukunun sahip olduklarından da. Gerçekten de malikâne hukuku örf ve âdet hukukuydu, yani büyük ölçüde yazılı değildi (ya da daha kesin bir ifadeyle yasalaşmamıştı). Ancak yine büyük ölçüde örf ve âdet hukuku olan feodal hukukla karşılaştırıldığında dahi malikâne hukuku, daha az bütünleşmişti ancak daha tikelci ve dağınıktı. Bu durum malikâne hukuku üzerine çağdaş bilimsel çalışmaların olmayışında görülmektedir. Görünen o ki, çok az profesyonel hukukçu malikâne hukukunun gelişimiyle ilgilenmiştir.

Malikâne hukukunun görece olgunlaşmaması, karakterinin bir kısmını kendisi üzerindeki etkili olan diğer hukuk sistemlerinden almış olmasıyla da ilişkilidir. Örneğin manor mahkemeleri, iftira davalarında karar verdiklerinde genellikle -belki de en ham ve öğrenilmemiş yöntemiyle- kanon hukukunu uygulamış; cinayet, hırsızlık ya da menkul ya da gayrimenkule tecavüz davalarında karar verdiğinde genellikle bulunduğu yerin, dükalığın ya da prensliğin haksız fiil ve ceza hukukunu taklit etmiş; köylülerin arazileriyle ilgili hak ve görevlerine dair kural koyarken pek çok kavramı feodal hukuktan (vasal-lord hukuku) ödünç almıştır. Manor mahkemelerinin usulü ise yerel hukuktan fazlaca etkilenmiştir. Özetle manor mahkemelerinde hukuk dallarının diğerleriyle eşzamanlı gelişimiyle ilgili yenilikler bulmayı beklememek gerekir.

Yine de malikâne hukukunun ilke ve kavramlar bakımından bilinçli hukuki biçimini aldığı ayırıcı unsurları bulunmaktaydı. Serfliğe dair hukuki bir kavram ilk defa on birinci ve on ikinci yüzyıllarda oluşturulmuştur. Serfler *gleabe adscriptae* ("toprağa bağlı [kişiler]") olarak adlandırılmaktaydı. Bunun anlamı serflerin belirli koşullar gerçekleşmeden bağlı oldukları toprağı terk edemeyecekleri idi. Aynı zamanda belirli koşullar gerçekleşmeden bağlı oldukları topraktan tahliye edilemeyecekleri anlamına da geliyordu. Perry Anderson, *gleabe adscriptae* teriminin ilk defa on birinci ve on ikinci yüzyıllarda kullanılmasının, yüzyıllardır mevcut olan "ekonomik ve toplumsal ilişkilerin hukuki kodifikasyonu"ndaki karakteristik bir "gecikme"yi yansıttığını yazmıştır.[22] Ancak yeni hukuki terim, yeni bir hukuki karakter kazandırarak önceki durumu bilfiil değiştirmiştir. O andan itibaren serf-

[22] Anderson, *Passages*, s. 148.

lerin lorda bağlılığı hukuki olarak tanımlanmış; böylece serflik, sadece âdet, irade ve pazarlık gücü değil haklar ve yükümlülükler meselesi haline de gelmiştir. Bir yandan lord, daha önce itiraz edilen pek çok hakka sahipti, öte yandan serfin hukuki olarak sınıflandırılan iş gücü, ayni kira ve geleneksel vergi gibi yükümlülükleri sabitlenmiş ve yasal olarak lord tarafından çoğaltılamaz ve çeşitlendirilemez hale gelmişti.

Dahası serfe diyetini ödeyerek serflikten, esaretten kurtulma olasılığı sunulmuştur. Serf azat etmeye ilişkin hukuki sürecin sonunda özgür bir adam olabilirdi. Bu tipik olarak sembolik bir törenle ya da bir miktar paranın derhal ödenmesini veya mirasçıları da bağlayan ve belli ödemelerin yapılmasını ya da belli hizmetlerin sunulmasını öngören daimî bir ilişkinin kurulduğu yazılı bir beratla gerçekleşirdi.

Serfin özgürleşmesi, onun fakir ve baskı altında olması anlamına gelmezdi; daha ziyade bir hukuk sisteminde kazandığı belli haklar olduğu anlamına gelirdi. Serf özgür kaldığı andan itibaren bir kişi, manor topluluğunun bir üyesi, "bütün bağlılığın" bir parçasıydı.[23] Serf, manorda diğer özgür köylülerle, araziyi elinde tutan ve sadece memurluk, şövalyelik gibi onurlu hizmetleri sunan özgür adamlarla ve lordun hane halkıyla birlikte yaşardı. Hepsi topluluğun üyeleri olarak statülerine göre ayrılmıştı ancak manor mahkemelerinde, manorun yurttaşları gibi birlik içinde yer alırlardı. Bu birlik, manor sisteminin temeliydi ve üretim biçiminin ta kendisiyle, açık arazi tarımıyla ilişkiliydi.

Manorun birliği, sakinlerinin kimi zaman bireysel, kimi zamansa kolektif olarak manoru lorddan kiralayabilme ve diledikleri gibi kullanabilme kapasitelerinde görülmektedir. On birinci yüzyılın sonları ile on dördüncü ve on beşinci yüzyıllar arasında böylesi kiralamalar giderek daha yaygınlaşmıştır. Kiralama, köylülerin artan taleplerinden, köylü ayaklanmalarından ve köylülerin topraklarını terk etmelerinden bunalan lordlar için bir çıkış yoluydu.

Köylülerin yükümlülüklerinin hukuken tanımlanmasının önemli ekonomik sonuçları da mevcuttu. Zira hukuki tanımlar, köylülerin hizmet sunma ve ayni kira ödeme yerine sabit nakit

---

23 1702'de Lord Holt, İngiliz hukukunun altında bir siyahın satılamayacağını belirtmiştir; ona göre "bir siyah İngiltere'ye gelir gelmez özgür kalır, bir köylü olabilir fakat bir köle olamaz". *Smith v. Brown and Cooper*, 2 Salk. 666 (1702).

ödeme yapma eğilimlerini desteklemiştir. Vasal ve lord arasındaki feodal hukuk ilişkisinde yükümlülüklerin mâli ödemeye dönüştürülmesinde olduğu gibi, burada da lordun, kiracılarından tatmin edici nakit toplaması kendi lorduna olan yükümlülüklerini yerine getirebilmesini sağlıyordu. On üçüncü yüzyıl kadar erken bir dönemde Avrupa'nın tamamında değilse de pek çok bölgesinde manorlar gelir getiren işletmeler olarak değerlendirilmeye başlamıştı ve bazı kişiler buraları yönetmek üzere atanmıştı. Manorları idare edenler gerekli geliri toplamak ve ödeme yapmakla görevliydi ve onlara İngilizce *farm* (çiftlik) sözcüğünden türetilen *firma* ya da *feorm* adı veriliyordu. Sabit ödemelerle sorumlu olan çiftçilerin ("*farmers*") yerini sıklıkla manorun nakit karını artırmaları ve yıllık hesapları sunmaları beklenen profesyonel idareciler almıştır. Nitekim köylülerin aşama aşama kiracıya (yahut kiralık işgücüne) dönüşmesi, manorun kendisinin aşama aşama bir topluluktan bir işletmeye dönüşmesi ile ilişkilidir. Her iki süreç de hem feodal (lord-vasal) hem de manordaki (lord-köylü) hak ve yükümlülüklerin somutlaşması ile ilintilidir.

Elbette, her yerde manorun köylülere hasredilmesi genel bir süreç olarak görülse de bu gelişmeler Avrupa'nın tamamında aynı biçimde yaşanmamıştır. Ne var ki, Fransa ve Batı Almanya'da soylular, kiracı olsunlar ya da olmasınlar kendi özel yetki alanlarında yaşayan bütün sınıflar üzerinde yarı-manoryal hâkimiyetlerini sürdürmeyi başarmıştır. Bu esas olarak; tek başlarına alındıklarında külfetli olmayan ancak birlikte alındıklarında ziyadesiyle ağır olan çok sayıda küçük vergi ve hizmet alımıyla (*banalités, corveés* vd.) mümkün olmuştur. Üzümlerini lordun üzüm cenderesinde sıkma, lordun fırınında ekmek yapma, lordun değirmeninde tahıl öğütme ücretleri de ödemelere tabidir ve hepsinin üzerinde lordun tekeli bulunmaktadır; geçiş ücretleri, pazar ve panayır vergileri, ürünlerin nakli için ödemeler diğer resim ve harçlar da vergilere dâhildir. Hizmetlere gelince, bunlar; yolların onarımı, köprü yapılması gibi hizmetleri kapsamaktadır.

Farklı bölgeler ve ülkelerdeki bu ve başka pek çok çeşitlemelerine rağmen malikane hukuku, on birinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla dek Batı'da aynı genel gelişim örüntülerini göstermiştir. Bu dikkat çekici olgu, Batılı malikane hukuku kavramının bütünleşmiş kural ve usuller gövdesi olarak gelişimine tanıklık etmek-

tedir. Aynı zamanda malikane hukukunun bir sistem olarak giderek büyümesinin de tanığıdır. Feodal hukukta olduğu gibi malikane hukukunda da sisteme atfedilen nitelikler, sistemin temayülleri haline gelmiştir ve temayüller de kendi kendilerini gerçek kılmıştır. Büyüme, bir kez inanılınca, kaçınılmaz hale gelmiştir. Malikane hukuku kavram ve kurumlarının tıpkı "temel" olarak ve tıpkı malların üretiminin ve dağıtılmasının altyapısı olarak kendi belirli hayatları vardı. Yine de yerel şartların olağanüstü çeşitliliğine rağmen malikane hukukunun âdeta Batı Avrupa'nın her yerinde aşama aşama aynı genel devinimi göstermesi çarpıcıdır.

Bu gelişimin belki de en çarpıcı aşaması, on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda serflerin geniş çaplı özgürleşmesidir ki, bu kısmen on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda lord-köylü ilişkilerinin büyük ölçüde yasallaştırılmasının doruğu olarak görülmelidir. Burada malikane hukuku ile feodal hukuk arasında bir gerilim yaşanmıştır zira feodal hukukta bir serfin azat edilmesi ancak lordun üstündeki lordun rızası ile gerçekleşebilirdi. Bu rıza verilmeksizin lordu tarafından azat edilen serf, lordun üstündeki lorda devredilirdi ve azat eden lord, o serf üzerinde bir daha hak iddia etmekten men edilirdi.[24] Bu nedenle bir serfin özgürlüğünü satın alabilmesi için hem o anki lorduna hem de lordunun zincirde bulunan üstlerine ödeme yapması gerekiyordu. Bununla birlikte uzun vadede ekonomik ve yasal şartlar durumu özgürleşme lehine çevirmiştir. Pek çok yerde serfleri azat etmeye direnen daha yukarıdaki lordlar, güçlü bir toplu azat etme hareketi ile karşılaşmıştır. İtalya'da bu, niyeti kısmen özgür vergi mükelleflerinin sayısını çoğaltmak ve kısmen de işçileri kırsaldan kente çekmek olan kent komünlerinin girişimiyle olmuştur. Bologna 1256-57 gibi erken bir tarihte kendi yetki alanındaki bütün serfleri azat etmiştir. Fransa'da bu girişimi bizzat, niyeti kısmen kefaret ödemelerinden gelir elde etmek ve kısmen de köylülerin huzursuzluğunu yatıştırmak ve İngiltere, İtalya, İspanya ve diğer yerlerde olduğu gibi Fransa'da da yaygın olan köylü ayaklanmalarının önüne geçmek olan krallık başlatmıştır. Nitekim önce 1290'da sonra 1310'da Fransa'da kraliyet topraklarında bir bedel karşılığında serflere özgürlük teklif edilmiştir. 1450'lerde neredeyse Batı Avrupa'nın tamamında

[24] Beaumanoir, sec. 15.

serflik kaldırılmıştır; ancak orta ve doğu Avrupa'da varlığını sürdürmüştür.

Serfleri azat etmenin ahlaki ve hukuki boyutlarını hesaba katmamak esaslı bir hata olacaktır zira buna yol açan sadece serfliğin, on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda Avrupalı köylülerin ayaklanmalarına neden olan ekonomik meşakkati değil aynı zamanda onların esaretindeki köklü adaletsizlerdir. Kilise'nin özellikle de ruhban sınıfının özgürlüğü uğruna savaşılan Papalık Devrimi'nden sonraki dönemde, diğer siyaset ve sınıfların özgürlük talep etmesi şaşırtıcı değildir. On ikinci ve on üçüncü yüzyılda atılan devrimci özgürlük çığlıklarından birisi de kentlerin özgürlüğü içindi. Köylülerin özgürlük çığlığı da eşzamanlı gelmiş ve on dördüncü yüzyılda daha da yükselmişti; bu bağlamda özgürlüğün bütün insanların doğal durumu olduğu söylenmeye başlamıştı. Nitekim 1256-57'de Bologna'daki serfleri azat ederken, kent yöneticileri serfliğin ilk günahın sonucu olduğunu; insanın doğal durumunda özgür olduğunu ilan etmişlerdir. Benzer biçimde 1315 ve 1318'de belirli kraliyet topraklarında serflerin azat ettiklerini Fransa kralları X. Louis ve Uzun Philip, sonraki yüzyıllarda yankılanacak olan bir dille ilan etmişlerdir.

> Doğal hukuka göre herkes özgür doğar ancak büyük çağın belli âdet ve gelenekleri krallığımızda korunmuştur ... ve belki de atalarının günahları yüzünden ayaktakımındaki pek çok insan, krallığımızın adının Frankların Krallığı olduğu göz önünde tutulduğunda bizi üzen esaret bağlarıyla bağlanmış ve muhtelif şartlara maruz kalmıştır... serfleri özgür kılıyor ve doğumla ya da uzun zamandır ya da son zamanlarda evlilik veya ikamet nedeniyle köle durumuna düşmüş yahut düşebilecek olanlara iyi ve uygun şartlarda özgürlük veriyoruz.[25]

Frank krallarının riyakâr oldukları varsayılsa bile, krallar geniş ölçüde ortaklaşılan ideal ve değerlere başvurmuşlardır. Elbette köylüler, serfliğin doğal hukuka aykırı olduğu, doğal hukuka göre herkesin özgür doğduğu ve insanın doğal durumunun özgürlük olduğu fikrine katılıyordu. Hiç şüphesiz köylüler aynı

[25] *Encyclopaedia Britannica,* 1969 ed., s.v. "serfdom and villeinage", 246-247 (Rodney H. Hilton)

zamanda serfliğin kaldırılmasının ekonomik açıdan daha iyi bir hayat sağlayacağını da umuyordu ancak bu umut yersiz bile olsa özgürleşmeleri gerekliydi. Evrenin ahlaki düzeni bunu gerektiriyordu.

Ne var ki, bu hüküm, sadece doğal hukuk teorisinin sonucu değildi; daha ziyade tarihsel deneyimin, özellikle de malikâne hukukunun on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılın başlarındaki gelişiminin sonucuydu. Serflere manor bünyesinde hukuki kişilik verilmesinin, yani serflerin manor topluluğunun, manor mahkemelerinde yer alan ve hakları ve görevleri olan "yurttaş"ları olarak tanınması, aslında serfliğin, ortadan kaldırılmasına yönelik hareketlerden çok daha önceden beridir reddedildiğinin göstergesiydi. Malikâne hukuku da dâhil olmak üzere hukuk sistemlerinin bütünleştiğine ve büyüdüğüne dair inanç bu reddiyeyi beslemiştir. Malikâne hukukunun bütünleştiğine dair inanç serflere özgür köylülerle eşit davranılmasını gerektiriyordu. Malikâne hukukunun büyüdüğüne dair inanç zaman içinde bu eşitliğin bütünüyle yasal olarak ifade edilmesini gerektiriyordu.

Böylece, serfliğin adaletsiz olduğuna ve temelde yasa dışı olduğuna dair bilince eşlik eden adaletsizliğin hukuk yoluyla düzeltileceğine duyulan inanç; seflerin ekonomik sömürüsü gerçeğini, bütün sınıfların üyelerinin nihayetinde birlik olduğu toplumsal ve ekonomik bir davaya dönüştürmüştür.

11 | Merkantilist Hukuk

Feodal hukuk ve malikâne hukukunda olduğu gibi merkantilist hukukun da hayati değişim dönemi, on birinci ve on ikinci yüzyıllardı. Modern Batılı merkantilist hukukun temel kavram ve kurumları o dönemde oluşmuştu ve daha da önemlisi merkantilist hukuk *-lex mercatoria* ("tacirlerin hukuku")- Batı'da ilk defa bütünleşmiş, gelişen bir hukuk *bütünü* olarak görülmeye başlamıştı.

Merkantilist hukukta yaşanan değişimler, feodal hukukta ve manor hukukunda yaşananlardan daha çarpıcıydı. Roma İmparatorluğu çöktüğü için ticari ilişkilerin çapı küçülürken, sistematik hukuki bir ifadeye bürünmeseler de dokuzuncu ve onuncu yüzyıllarda, resmî olmayan, geleneksel feodal ve manoryal ilişkiler yaygındı. Elbette ticaret tamamıyla sönmemişti. Bazı tarım ürünleri hâlâ gezici tacirlerce satılıyordu, bu tacirler yerel el ürünlerini ve küçük lüks ürünleri de alıp satıyordu. Roma döneminden kalan kimi kasabalarda, özellikle liman kentlerinde yaygın olmasa da pazarlar ve panayırlar kuruluyordu. Bununla birlikte Frank İmparatorluğu Roma İmparatorluğu'nun aksine bir Akdeniz uygarlığı değildi ancak her taraftan İskandinavlar, Araplar, Macarlar ve Slavlar tarafından kuşatılmış, Henri Pirenne'nin sözleriyle "kapatılmış" kara-merkezli bir ekonomiydi. Yine Roma İmparatorluluğu'nun aksine altıncı ve onuncu yüzyıllar arasında Batı ekonomisi, binlerce kente değil; olsa olsa yüz bin tarımsal manora dayanıyordu. 1000'li yıllarda Batı Avrupa'da nüfusu birkaç bin olan sadece iki düzine kasaba vardı ve belki de sadece Venedik ve Londra'nın nüfusu on binleri buluyordu (Buna karşılık Konstantinopol'ün nüfusu yüz binler, hatta bir olasılıkla bir milyondu).

Sonra, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda tarımsal üretimde ani bir artış ve şehirlerde fiziki genişleme ve nüfus artışı yaşandı. Aynı dönemde hem kırsalda hem de kentlerde geniş ölçekli ticari işleri yürüten profesyonel bir tacir sınıfı ortaya çıktı. Yeni merkantilist hukukun gelişimi, yeni tacir sınıfının ihtiyaçlarını karşılamak içindi.

Her ne kadar canlanan ticaret ve merkantilist hukukun gelişimi kentlerin yükselişi ve kent hukukunun gelişimi ile yakından ilişkili olsa da bunların kentsel olmayan önemli bir boyutu daha vardı. Kırsalda büyüyen ticaret "kent devrimi"nden ziyade "tarım devrimi"nin başlıca sonucuydu; gerçekten de bizatihi tarımın gelişmesi kentlerin büyümesinin ön şartıydı. Bu olgu, sosyal ve ekonomik teori bakımından önemi haizdir çünkü tarımsal ilişkilerin kendi içinde kaçınılmaz olarak durağan olduğunu ve ticari gelişmenin tarım toplumuna ancak dışarıdan getirilebileceğini koyutlayan düşünce okulunu reddetmektedir. Bu olgunun, sosyal ve ekonomik tarih yazımı açısından da önemi vardır çünkü Batı'da "kapitalist çağ"ın zaman içinde "feodal çağ"ı izlediğini koyutlayan düşünce okulunu da reddetmektedir. Aslında on birinci ve on ikinci yüzyıllarda genişleyen ticaret manor modeli üretim ve feodal toplumsal ve siyasi ilişkilerle birlikte var olmuştur. Merkantilist hukukun yenice ortaya çıkan sistemi -ki, fevkalade kapitalistti- Batılı feodal ve manoryal hukukla eşzamanlıydı.

Hatta bu teorik ve tarih yazımsal içerimleri bir yana, Batılı ticaret hukukunun on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki gelişimi, sadece kentlerdeki ticaret bağlamında değil kırsaldaki ticaret bağlamında değerlendirilmelidir. Örneğin kırsalda yaşayan İngiliz tacirler, manorlardan yün alır ve onları Flaman tacirlere satardı. Flaman tacirler de Flamanya'nın kırsalındaki hane içinde üretim yapan iplikçi ve dokumacılara dağıtır; karşılığında İngiltere'deki uluslararası panayırlarda Flamanya'nın kumaşlarını satardı. On birinci yüzyıldan on beşinci yüzyıla dek kuzey Avrupa ekonomisinde hayli dikkat çekici bir rol oynayan bu ticaret tarzı, genel Avrupa hukukuna; ticaret hukukuna göre yürütülmüştü. Şehirlerarası ve denizaşırı ticaret de örneğin Köln'den Paris'e cam, Floransa'dan Bari'ye deri ürünleri ya da dövme demir, Cenevizli tacir ortaklıklarının Londra'daki tacirlere Doğu'dan baharat ya da Fas'tan hububat satışları ticaret hukukuna göre yapılmıştı. Ticaret hukuku, sadece dar anlamda satımı değil; nakliye, sigorta ve yatırım da dâhil olmak üzere ticari işlemlerin diğer boyutlarını da düzenliyordu.[1]

---

[1] Genel olarak bkz. Robert S. Lopez, *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950-1350* (Englewood Cliffs, N.J., 1971); Robert S. Lopez and Irving W. Raymond, eds., *Medieval Trade in the Mediterranean World: Illustrative Documents with Introductions and Notes* (New York, n.d.); Raymond de Roover, *Business, Banking, and Economic Thought in the Late Medieval and Early Modern Europe* (Chicago, 1974).

Tacir sınıfının yükselişi yeni merkantilist hukukun gelişiminin zorunlu ön şartıydı. On birinci yüzyıldan evvel, Batı Avrupa'da tacirler görece yalıtılmış figürlerdi. Doğu ve Batı arasında hem karadan hem denizden seyahat eden çok az Yahudi, Suriyeli ve Yunan tacir bulunuyordu. Doğuştan Batı Avrupalı tacirler, büyük ölçüde kasabadan kasabaya, köyden köye ve manordan manora giden gezgin satıcılardı (çerçi). Ticaret profesyonel olmayanlarca yürütülüyordu; manorlar, manastırlar ya da köyler (örneğin balıkçı köyleri) Avrupa'nın çeşitli bölgelerine kendi ürünlerini satmak üzere temsilciler yolluyordu.

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda tarımın dönüşümü, çabuk büyümesi için hem fırsat yaratmıştır hem de bu ihtiyacı doğurmuştur. Zira ticareti yapılacak büyük bir tarımsal artı değer vardı. Ancak aynı zamanda tacirlerin türeyebileceği büyük bir nüfus artışı da vardı. Ne var ki feodal hukukun ve manor hukukunun gelişimi, feodal lordların ve manor üyelerinin yarım-zamanlı da olda ticaretle uğraşmalarını yasadışı kılmıştı. Bir lord ya da köylü olmak -yahut bir kâhya ya da manor memuru- tam zamanlı bir iş, sürekli bir meslek, bir statü haline gelmişti. Yine de aynı zamanda yasal veya değil köylülerin büyük ölçüde manorlardan göç etmesini sağlayan fırsatlar da doğmuştu. Pek çok eski köylü gezgin satıcı olmuş ve çok daha fazlası, esnaf veya tacir olmak üzere ortaya çıkmakta olan kentlere gitmişti. Ayrıca daha aşağı düzeydeki soyluların oğulları da imalat veya ticaretle meşgul olmak üzere kırsalı terk ederek kentlere gitmeye başlamıştı. İtalya ile Avrupa'nın diğer yerlerinde yüksek mevkideki soylular dahi kimi zaman tarımsal üretimden ticarete, özellikle büyük ölçekli yatırım ve ticarete geçiş yapmıştır.

Avrupa'nın kırsalından kentlere göçün kesin ölçeğini belirleyebilmek zordur. Kentlerde ve kent dışındaki tacir sınıfının genişlemesinin kesin ölçüsünü belirlemek daha da zordur. Bununla birlikte bir tahmin yapılabilir. 1050'lerde toplam nüfus yaklaşık yirmi milyonken, Batı Avrupa'da birkaç yüz bin insan birkaç yüz kasabada yaşıyordu (pek çoğunun nüfusu birkaç binden fazla değildi), 1200'lü yıllardaysa toplam nüfus yaklaşık kırk milyona yükselmişti ve birkaç milyon insan kasaba ve kentlerde yaşıyordu (pek çoğunun nüfusu yirmi binden fazlaydı ve bazılarının nüfusu yüz binin üzerindeydi). Özetle toplam nüfus ikiye katlanmıştı, kent nüfusu ise kabaca toplamının belki yüzde biri belki yüzde onu oranında artmıştı. Tacirlerin sayısına gelince, 1050 yı-

lında Batı Avrupa'daki tacir sınıfının sayısı binlerle ifade edilirken, 1200'lü yıllardaysa yüz binlerle ifade ediliyordu.[2]

Yeni merkantilist hukuk sisteminin gelişiminin toplumsal ve ekonomik arka planından bahsederken, teknolojik ve demografik faktörlere yoğunlaşarak "ticari devrim" denilen gelişmede önemli bir rol oynayan siyasi ve dinî faktörleri gözden kaçırma tehlikesi bulunmaktadır.[3] Elbette siyasi ve dinî nedenler ile teknolojik ve demografik gelişmeler birbirleri ile yakından ilişkiliydi. Haçlı seferleri ve sömürgeleştirme -ki, Papalık Devrimi'nin dış askerî gücünü ve ekonomik programını oluşturmuştur- hem karasal hem de deniz aşırı uzak mesafe ticaretini beslemiştir. Papalık ayrıca otoritesini hem karadan hem denizden doğuya doğru genişletmiştir. Aynı zamanda papalığın yeni teolojisi, kilisenin seküler faaliyetleri yeniden düzenleme ve (günahtan) kurtarma görevinin önemini vurgulamıştır.

Öte yandan hukuku, toplumsal ve ekonomik değişmenin bir sonucu olarak görme ve asla böylesi bir değişimin bir parçası ve bu bağlamda sebebi olarak değerlendirmeme tehlikesi de mevcuttur. Aslında on birinci ve on ikinci yüzyılların yeni hukuk anlayışı, ticari ilişkileri hukuk ve düzenin yeni kavramlarına göre kurumsallaştırmanın ve dizgeleştirmenin çerçevesinin oluşmasını sağlamıştır. Ciro edilebilir senetler ve ortakların sınırlı sorumluluğu gibi hukuki araçlar olmadan, geçmişin köhneleşmiş ticari gelenekleri yenilenmeden ve merkantilist mahkemeler ve yasama ortaya çıkmadan, değişime zorlayan diğer toplumsal ve ekonomik koşullar çıkış noktası bulamazdı. Nitekim ticaret devrimi, ticaret hukukunun yapılmasını sağlamıştır ancak ticaret hukuku da ticaret devriminin yapılmasını sağlamıştır. Gerçekten de olan sadece ticaretin devrimci dönüşümü değil tüm toplumun dönüşümüydü; bu dönüşümün başlangıcı tıpkı feodal hukukta ve manor hukuku gibi ticaret hukukunun tümüyle dönüşümündeydi. Tıpkı feodal hukukta ve manor hukukunda olduğu gibi, bu devrimci dönüşüm merkantilist hukuka karakterini vermiştir.

Kapitalizmin Yükselişi ve Din

Pek çok tarihçinin Batı'nın ticari kapitalizminin yaygın olarak varsayıldığı gibi on altıncı ve on yedinci yüzyılda değil de on bi-

---

[2] Bkz. Norman J.G. Pounds, *An Historical Geography of Europe 450 B.C.-A.D. 1330* (Cambridge, 1973).

[3] Bkz. Lopez, *Commercial Revolution,* chap. 3.

rinci ve on ikinci yüzyıllarda -manoryal üretim biçiminin ve feodal sınıf ilişkilerinin altın çağında- başladığını göstermiş olmasına rağmen, aynı tarihçilerin pek çoğu Reform Hareketi'nden önceki Hıristiyan öğretisinin kâr amaçlı faaliyetlere esaslı biçimde karşı olduğunu söylemeye devam etmiştir. Nitekim büyük Fransız sosyal tarihçi ve ekonomi tarihçisi Henri Pirenne "[on ikinci yüzyıldaki ticari kapitalizmin] coşkusu ve görece aniliği, hiç abartmaksızın on dokuzuncu yüzyılın endüstri devrimiyle karşılaştırılabilir" diye yazmaktadır. Ne var ki, Pirenne yine aynı paragrafta "Kilise'nin ticarete yaklaşımı ... sadece pasif değil tümüyle düşmancaydı"[4] demektedir. Bir başka sayfada ise Pirenne geç Orta Çağ'ın şu karakteristik ifadesini alıntılar: "Tacir Tanrı'yı nadiren memnun edebilir ya da hiç edemez".[5] Pirenne ve diğer tarihçiler, kilisenin kapitalizmin yükselişine sözüm ona karşı olduğu iddialarını gösterebilmek için faizle borç vermeye (tefecilik) ve spekülasyon yaratmaya yönelik kilise yasakları ile adil ücret öğretisini anlatmıştır.

Burada çarpıcı bir paradoks belirmektedir. Pirenne'in adlandırdığı haliyle, *sipiritus capitalisticus*'un (kapitalist ruhun) hâkim inanç sisteminin asli vurgusunun hayatın mistik ve çileci yanlarına ve ahiretteki ödüllere ve cezalara önem verdiği bir zamanda ortaya çıktığı söylenir. Daha önemlisi hâkim inanç sistemleri, kilise hiyerarşisinin bütün ahlaki ve yasal otoritesi ile desteklenmiştir -hal böyleyken kapitalizm yeşermiştir.

Bu paradoksu çözebilecek pek çok açıklama yapılabilir. İlkin, kilisenin ticaret karşıtı ahlaki felsefesindeki ısrarının büyük bir feodal arazi sahibi olarak kendi konumunun ve yine kendisinin muhafazakâr tarım uygarlığı kimliğinin yansıması olduğu ileri sürülmüştür.[6] İkinci olarak, (karşıtlığın her zaman farkında

[4] Henri Pirenne, *Economic and Social History of Medieval Europe* (New York, 1937), ss. 48-49.

[5] Ibid., s. 14. Pirenne, bu ifadeyi Levin Goldschmidt'in *Universalgeschichte des Handelrechts*, I (Stuttgard, 1891, s. 139)'dan aktarmaktadır: *"Homo mercator vix aut numquam potest Deo placere"*. Ancak Pirenne bunun ilk defa Aziz John Chrysostom (349-407) tarafından söylendiğinden bahsetmemiştir. İfade şöyle devam etmektedir: "Bu nedenle hiçbir Hıristiyan bir tacir olmamalıdır ancak eğer tacir olmayı dilerse Tanrı'nın kilisesinden dışlanmalıdır". Bu manastır hayatının on birinci yüzyıldan evvelki ruhunu yansıtsa da VII. Gregorius'un ve haleflerinin Haçlı Roma Kilisesi'nin ruhunu yansıtmamaktadır.

[6] Pirenne, *Medieval Europe,* s. 28. Pirenne, iki yüzyıl sonra bir değişim olduğunu belirtmeden, 909'da ölen Aziz Aurillaclı Gerald'ın hayatından bir bölüm sunar ve

olunmadan) kilisenin kâr amaçlı faaliyetlerin günah olduğuna dair kendi öğretisini ciddi olarak uygulamaya geçirmeye çalışmadığı fakat tam aksine geniş istisnalar tanıdığı yahut ihlallere göz yumduğu iddia edilmiştir. Bu da kilisenin kendi ticari faaliyetlerinden nemalanmasına olanak tanımış ve tacir sınıfının pek çok pratiğini meşrulaştırmıştır.

Bunlar ve benzeri açıklamalar, temel öncüllerinin hâkim ideolojiye karşı olduğu bir ekonomik sistemin yaratılmasının nasıl mümkün olduğu ve temel öncülleri ekonomik sistemle çatışan bir ideolojinin nasıl hâkim ideoloji olarak dört yüzyıldan fazla varlığını sürdürdüğü sorusunu cevapsız bırakmaktadır. Keza meseleyi ortaya koymanın bir yolu da iki çatışan ekonomik sistemin -feodalizm ve kapitalizm- yönetiminin varını yoğunu tek ve kendi içinde tutarlı bir inanç sistemini sürdürmeye adadığı bir toplumda nasıl bir arada var olabildiği sorusunu sormaktır.

Ne var ki, bu sorular Hıristiyan öğretisinin, sadece on birinci yüzyılın sonlarından on beşinci yüzyıla kadar Roma Katolik Kilisesi öğretisinin bozulmasına değil fakat aynı zamanda on altıncı ve on yedinci yüzyıllardaki Protestan düşüncesine de dayandırılan ticari kapitalizmin gelişmesiyle ilişkili olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Hatalı bir biçimde Roma Katolik öğretisinin temelde öte dünyacı ve çileci olduğu varsayılmaktadır. Esasında on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Roma Katolik teolojisi daha önce hâkim olan ve halen Doğu Ortodoksisi'nde hüküm süren öte dünyacı ve çileci düşünceden kopmuştur. Yine hatalı biçimde Luther ve Kalvin'in "Protestan etiği"nin daha bu dünyacı, daha akılcı, daha bireyselci ve bu nedenle kapitalist girişimlere Roma'nın Katolik ahlaki öğretilerinden daha uygun olduğu ima edilmektedir. Bu yanlış kanı ayrı bir incelemeyi hak etmektedir ancak kapitalizmle Protestanlık arasındaki karşılıklı

şöyle yazar (s. 28-29): "Kilise, başından sonuna kadar ticari kârları kurtuluşa yönelik bir tehlike olarak değerlendirmeyi sürdürmüştür. Kilise'nin tarım uygarlığına tam uyan çileci ideali, onun; önlenemez ve hatta boyun eğmeye zorunlu olduğu ancak asla açıkça uzlaşmadığı toplumsal değişimlere şüpheyle yaklaşmasına neden olmuştur. Kârı yasaklaması daha sonraki yüzyıllarda ekonominin üzerinde ağır bir yük olacaktı. Tacirlerin özgür iradeleri ile zenginleşmelerini ve ticari uygulamalarını dinî kaidelerle uzlaştırmalarını önlemiştir. Pek çok bankerin ve spekülatörün, kalplerinin derinliğinde haram yediklerini hissettikleri için kandırdıkları fakirlere ödeme yapılmasını ve mülklerinin bir kısmının ruhbanlara bırakılmasını emreden vasiyetnamelerini okumak bunu ispatlayacaktır". Ancak bu görüş yanlış bir psikolojik teoriye dayandığı gibi kilisenin konumunu fazlaca basitleştirmiştir.

ilişkinin altını çizen ilişkilendiren Max Weber ve R. H. Tawney gibi yazarların, kapitalizm ile feodalizmin birbirlerine zıt olduğunu, kapitalizmin zaman içinde feodalizmi izlediğini ve Batı'da kapitalizmin on altıncı yüzyılda belirdiğini varsaydıkları not edilmelidir.[7]

Eğer bu varsayımın tersi, yani on birinci ve on ikinci yüzyıllarda (kimilerine göre biraz daha sonra) kapitalizm ile feodalizmin birbirleri ile uyumlu oldukları; gerçekte düpedüz birbirlerine bağlı oldukları doğruysa, o halde Batı Kilisesi tarafından öğretilen ekonomik ahlakın başka bir bakış açısıyla yeniden incelenmesinin yolu açılır. Feodal-tarımsal değerlerle kapitalist-ticari değerlerin temelde birbirlerine zıt olduğuna, takiye gibi görünen bu değerlerin temelde uzlaştırabileceğine inanan birine meşru görünebilir.

On birinci yüzyılın sonlarının ve on ikinci yüzyılın Batı Kilisesi -Doğu Kilisesi'nin aksine ve ayrıca Papalık Devrimi'nden önceki Doğu ve Batı, her iki Kilise'nin de aksine- ticari faaliyetin Hıristiyan yaşamı ile uzlaştırılabileceğine inanmıştır; tıpkı tarımsal faaliyetlerin Hıristiyan yaşamı ile uyumlu olduğuna inandığı gibi. Batı Kilisesi'nin zengin tacirlere ahlaki yaklaşımı özünde zengin arazi sahiplerine olan ahlaki tavrından farklı değildi. Aziz Paul'ün "para hırsı bütün kötülüklerin kaynağıdır" (1 Tim. 6:10); "bu dünyanın nimetleriyle zengin olanlar kibirlenmemeli ve

---

[7] Max Weber, kapitalizmin yükselişiyle Reform Hareketini ilişkilendiren tezini ilk kez "Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus" (*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik,* vols . 20-21, 1904-05) adlı eserinde ileri sürmüştür. İngilizce çevirisi *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* adıyla yayınlandı. [Eser Türkçeye Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu adıyla çevrilmiş ve çeşitli yayınevlerince basılmıştır -ç.n.] Bu süre içinde Ernst Troeltsch "*Die sozialen Lehren der christlclihen Kirchen und Gruppen* (Tübingen 1912) adlı eserinde Weber'in tezini ayrıntılı biçimde incelemiş; Werner Sombart ise *Der Bourgeois* (Munich, 1913) adlı eserinde Weber'in tezine şiddetle karşı çıkmıştır. R.H. Tawney, Religion and the Rise of Capitalism (New York, 1926) adlı eserinde, eşzamanlı vuku bulan toplumsal ve ekonomik gelişmelere daha büyük önem atfederken kapitalizmin yükselişini Reform Hareketiyle başlatan Weber'in tezini izlemektedir. Öte yandan diğer bilim insanları kapitalizmin Reform hareketinden önce ortaya çıktığını vurgulamıştır. Bkz. H.M. Robertson, *Aspects of the Rise of Economic Individualism* (Cambridge, 1933); Amintore Fanfani, *Catholicism, Protestanism, and Capitalism* (New York, 1935). Weber'in tezini savunan güncel bir makale için bkz. Ehud Sprinzak, "Weber's Thesis as an Historical Explanation", *History and Theory,* 11 (1972), 294. Yukarıdaki kaynaklardan pek çok alıntı için bkz. Robert W. Green, *Protestanism and Capitalism: The Weber Thesis and Its Critics* (Boston, 1959).

umutlarını para gibi belirsiz bir şeye bağlamamalı" ve "asil eylemlerle zengin olanlar vazgeçmeye ve paylaşmaya hazır olmalı" (1 Tim. 6:17, 18)[8] sözlerini öğretmeyi sürdürüyordu. Cennetin krallığına en yakın olanın, sadece zenginlikten değil "bu dünyanın" bütün değerlerinden feragat eden manastır hayatı olduğu düşünülüyordu. Ancak birkaç ayrıksı ses dışında on birinci yüzyılın sonlarının ve on ikinci yüzyılın Batı Kilisesi sadece parayı ya da zenginleri kınamakla yetinmemiş fakat aslında belli ilkelere göre belli amaçlara ulaşmak için paranın ve zenginlerin peşinden koşulmasını da teşvik etmiştir. Seküler ticari teşebbüsler, aç gözlülük günahının işlenmeyeceği biçimde örgütlenmeliydi. Tacirler, dinî işlevleri olan ve ticari işlemlerde ahlaki standartları gözeten loncaları kurmalıydı. Bu da Kilise'nin tecessümü, ruhani olanın seküler olanda cisimleşmesini öne çıkaran yeni tavrıyla uyumluydu. Nitekim kilise-devleti kent-devleti için örnek teşkil ediyordu ve kilise hukuku da kent hukukuna ve ticaret hukukuna örnek teşkil ediyordu. İyi niyete dayanan meşru ticaret ile açgözlülüğe dayanan gayrı meşru ticaret; meşru ihtiyaçların karşılanmasına dayanan ticaret ile sadece öz çıkara ya da yolsuzluğa dayanan ticaret; meşru kâr oranları ile tefecilik ve adil ücret ile adil olmayan ücret arasında ayrım yapılıyordu.[9]

Pirene haklı olarak on ikinci yüzyıldaki yeni kentlerin sakinlerinin "köklerinden uzaklaşması" sorununa işaret etmektedir.[10] Hayli yapılandırılmış ve derin kökleri olan köy ve manor hayatını imalat ve ticaretin daha gevşek ve yapay ilişkilerine dâhil olmak için terk etmişlerdir. Ancak Pirenne, bu sorunu birbirlerine kenetlenmiş esnaf ve tacir loncalarının oluşturularak ve kent toplumu için görece sıkı ahlaki ve hukuki çerçeveler çizilerek bu sorunu çözmeye yönelik adımlar atıldığını ihmal etmektedir.

Batılı ticari kurumların oluşum evresinde hâkim olan Hıristiyan sosyal teorisi açısından tacirlerin ekonomik faaliyetleri, diğer seküler faaliyetler gibi, artık zorunlu olarak "kurtuluşa giden yolda bir tehlike" olarak değerlendirilmiyordu. Aksine bunlar, eğer kilisenin belirlediği ilkelere göre yürütülüyorsa kurtuluşa

---

[8] Ayrıca bkz. Mark 10, 23-25 (Zenginlerin cennetin krallığına girmesi nasıl da zor olacak). Buradaki vurgu zengin olmanın kötülüğüne değil zenginliği sevmenin kötülüğünedir.

[9] Bkz. 5. Bölüm.

[10] Bkz. Henri Pirenne, *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade,* trans. Frank D. Halsey (Princeton, N.J. , 1925), ss. 157, 158.

giden bir yol olarak görülüyordu. Bu ilkeler kanon hukukunda bir bir anlatılmıştı. Kilise'nin bakış açısından tacirlerin, kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemek için geliştirdikleri hukuk; *lex mercatoria,* merkantilist hukuk kanon hukukunun aksini değil kanon hukukunu yansıtmalıydı. Elbette tacirler her zaman aynı fikirde değildi. Ancak ruhlarının kurtuluşunun, kendi faaliyetlerinin akıl ve vicdanda görünen ve Tanrı'nın iradesine dayanan bir hukuk sistemi ile uyumuna bağlı olduğunu da inkâr etmiyorlardı.

Nitekim tacirlerin toplumsal ve ekonomik faaliyetleri ahlaki meselelerin uzağında bırakılmamıştı. Tacirlerinin ruhlarının kurtuluşuna kılavuzluk edecek bir toplumsal ve ekonomik ahlak geliştirilmiş ve bu ahlak, hukukta cisimleştirilmişti. Hukuk, ticari faaliyet ile ruhun kurtuluşu arasındaki köprüydü.

Yeni Ticaret Hukuku Sistemi

Modern Batılı ticaret hukukunun temel kavram ve kurumlarının on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda şekillendiğini söylemek, bu kavram ve kurumların yaratıcılarının henüz keşfedilmiş Iustinianus'un metinlerinde yansıtılan Roma Hukukuna borçlu olduklarını görmezden gelmek değildir. Roma hukuku metinleri, karz sözleşmesi, mal karşılığı borç sözleşmesi, rehin, satış, kiralama, ortaklık ve vekâlet sözleşmesi gibi muhtelif sözleşmeleri düzenleyen hayli karmaşık bir dizi kural içermekteydi. Ancak bu kurallar, bilinçli bir biçimde kavramsallaştırılmamıştı; sınıflandırılmıştı fakat açıkça birbirleri ile ilişkilendirilmemişti ve genel ilkeler bağlamında analiz edilmemişti. Daha önemlisi ticari sözleşmelerle ticari olmayan sözleşmeler arasında bilinçli bir ayrım yapılmamış, hepsi medeni hukuk sözleşmeleri gibi ele alınmıştı.

Eski Roma hukukçuları pek çok sözleşmenin, *ius gentium* dâhil olmak üzere örf ve âdet hukukuna göre değil medeni hukuka göre düzenlendiğinin farkındaydı. Gerçekten de *ius gentium,* "ulusların (örf ve âdet) hukuku", Roma vatandaşı olmayan ama Roma İmparatorluğu bünyesinde ticari faaliyet yürütenlere, özellikle uzak mesafe taşımacılığı yapanlara uygulanan hukuktu. İ.Ö. 300'lere dayandırılan Rodos Deniz Hukuku ile Doğu Akdenizli tacirler tarafından geliştirilen deniz ticareti gelenekleri, Roma İmparatorluğu'nun ticari örf ve âdet hukuku kapsamındaydı. Roma İmparatorluğu'nun ticari örf ve âdet kurallarının bazıları

ile Roma medeni hukukunun bazı kuralları Iustinianus'un metinlerinden bağımsız olarak beşinci yüzyıldan on birinci yüzyıla dek Batı'da ayakta kalmıştır. Bunlar, o dönemde canlı ticaret merkezleri olarak kalan, örneğin Lombarların hukukunda, Venedikli tacirlerin geleneklerinde bulunabilir.

Bununla birlikte ne henüz keşfedilen Roma medeni hukuku ne de güçlükle ayakta kalan Roma örf ve âdet hukuku, *ius gentium* da dâhil olmak üzere, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Batı Avrupa'da ortaya çıkan ulusal ve uluslararası ticari sorunları karşılamaya yetecek düzeydeydi.

On birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyıllarda Avrupa üniversitelerindeki eğitimli Roma hukukçularının Roma metinlerinden yola çıkarak yeni bir merkantilist hukuk yaratmış olmaları, akla uygundur; tıpkı bu metinlerden yola çıkarak bir medeni hukuk yarattıkları gibi. Aynı üniversitelerdeki kanon hukukçularının papalık ve piskoposluk meclislerindeki meslektaşları ile birlikte aynısını yapmış olmaları da pekâlâ akla uygundur. Özellikle kilise korporasyonlarının ticari faaliyetlerle yoğun biçimde uğraştıkları gerçeği düşünüldüğünde. Bu, o dönemin özelliğidir ancak merkantilist hukukun başlangıçtaki gelişimi tümüyle olmasa da büyük ölçüde bizatihi uluslararası panayırları düzenleyen, merkantilist mahkemeleri kuran ve Avrupa'nın her yerinde ortaya çıkan yeni kentlerde ticari kurumlar inşa eden tacirlere bırakılmıştır.

Merkantilist hukukun kuralları tacirler tarafından nadiren derlenmiş ve yaygınlaştırılmıştır. Denizcilik yasalarının derlendiği en eski örneklerden birisi, Tiren denizi, İtalyan kıyılarındaki Amalfi Cumhuriyeti tarafından I. Haçlı Seferi dolaylarında (1095) benimsenen ve *Amalfitan Table* (Amalfi Kanunları) olarak bilinenidir. Bu derleme bütün İtalyan kent cumhuriyetleri tarafından tanınmıştır. 1150 civarında, Fransa'nın Atlantik kıyısındaki bir ada olan Oléron mahkemesi tarafından denizciliğe dair kararlar telif edilmiş ve Atlantik ve Kuzey Denizi kıyılarındaki, İngiliz kentleri de dâhil olmak üzere liman kentleri tarafından kabul edilmiştir. Baltık Denizi'ndeki Gotland adasının limanı olan Wisby Kanunları, 1350'lerde kabul edilmiştir ve Oléron yasalarına benzemekteydi ve olasılıkla onlardan esinlenilmişti. Wisby yasaları, Baltık ülkelerinde geniş kabul görmüş ve uygulanmıştır. Aynı dönemde Barcelona Konsolosluk Mahkemesinde ele alınan denizcilik geleneklerinin derlendiği *Consolato del Mare,*

kendisinden önceki derlemelere ve kısmen de İtalyan kentlerinin talimatname ve derlemelerine dayanmaktaydı. *Consolato del Mare,* Akdeniz'in ticaret merkezlerinde uygulanan kanun haline gelmişti. Bu derlemelerin hepsi denizcilik ve deniz taşımacılığı hukuku ile ilgiliydi.

Kara ticaretini düzenleyen büyük bir hukuk aynı zamanda yaratılmıştır. Pazarlar ve panayırlar yedinci veya sekizinci yüzyıldan beridir kuruluyordu ancak görece küçük çaplıydı ve gelişmiş hukuki bir niteliği haiz değillerdi. Ne var ki, on birinci ve on ikinci yüzyıllardan itibaren Avrupa'da kentlerin ve kasabaların çeperlerinde uluslararası büyük fuarlar düzenli olarak kurulmuştur. Uluslararası pazarlar da özellikle liman kentlerinde yaygındı ve bu fuar ve pazarlar karmaşık organizasyonlardı. Dini ve seküler hukukun büyümesiyle birlikte ise sadece pazar ve fuarların örf ve âdet hukukunu değil aynı zamanda deniz ticareti hukuku kurallarını ve kasaba ve kentlerin ticaret hukuklarını da kapsayan özel bir ticaret hukuku kavramı belirmiştir. Örf ve âdet hukuku kurallarını sistematik biçimde derlemeye ve yürütülen ticari faaliyete göre yasalaştırmaya İtalyan kentleri öncülük etmiştir.

O dönemde ticaret hukuku, özel mekânlardaki (fuar, pazar, liman) özel bir sınıfı (tacir sınıfı) ve kasaba ve kentlerdeki merkantilist ilişkileri düzenliyordu. Kent hukuku ve kilise hukuku ile yakın ilişkileri olsa da kilise hukuku, feodal hukuku, manor hukuku, kent hukuku ve kraliyet hukukundan bağımsızdı.

Ticaret hukuku da döneminin diğer ana hukuk sistemlerinin niteliklerini taşıyordu; nesnellik, evrensellik, karşılıklılık, katılımcı adalet, bütünleşme ve büyüme. Bu altı nitelik sadece ticaret hukukunun Batı hukuk geleneği ile olan yakın ilişkisini göstermekle kalmaz aynı zamanda kendi özgün niteliklerine dair bir dizin oluşturur.

NESNELLİK

Feodal hukukta ve manor hukukunda olduğu gibi merkantilist hukukun gelişiminde de 1000 ilâ 1200 ve asıl 1050 ile 1150 arasında, hak ve yükümlülükler daha nesnel ve daha az keyfi, daha kesin ve daha az gevşek hale getirilmiştir. Alışkanlık (davranış örüntüsü) bağlamındaki salt gelenekten daha dikkatli tanımlanan bir örf ve âdet hukukuna (davranış normları) yönelik bir hareket vardı. Merkantilist hukukun normlarının özgünlüğü

giderek yazıya indirgendikçe artmıştı -kısmen ticari yasama biçiminde ancak öncelikle az ya da çok tek tipleştirilmiş karakterde yazılı ticari araçlar biçiminde. İlaveten yeni sistemin nesnelliği ticari ihtilafların tarafsız yargılanmasına yapılan vurguya ve yeni merkantilist mahkemelerin ortaya çıkışına yansımıştır.

EVRENSELLİK

On birinci yüzyılın sonlarında ve sonrasında, merkantilist hukuka göre düzenlenen hak ve yükümlülükler yerel uygulamalarda esaslı biçimde daha tek tip ve daha az çeşitli, daha genel ve daha az ayrımcı hale geldi. Bu, kısmen çoğu ticari faaliyetin o dönemdeki kozmopolitan ve ulusaşan niteliği yüzündendi. Bütün Avrupa'daki uluslararası büyük fuarlar belirlenen yerlerde ve belli zaman aralıklarında ya da pek çok ülkeden tacirlerin geldiği sürekli pazarların olduğu kasaba ve kentlerde düzenleniyordu. Ulusaşan ticaret birlikleri Avrupa'nın önde gelen ticaret merkezlerinde sürekli temsilcilikler kurmuştu. Ulusaşan ticaret çoğunlukla yerel ticarete baskın geldi ve genel olarak ticari faaliyetler için önemli bir emsal teşkil etti.

Ticaret hukukunun hem oluşum dönemindeki hem de sonrasındaki evrensel karakteri, bu konuda yazan herkes tarafından vurgulanmıştır. 1473'te İngiltere Şansölyesi, karşısında çözüm için gelen yabancı tacirlerin davalarının "şansölyeliğin doğasındaki hukuka ... kimilerince tacirlerin hukuku denilen, dünyanın evrensel hukukuna göre" görüleceğini ilan etti.[11] Ticaret hukukuna ilişkin ilk İngiliz kitabında, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant* (1622), yazar Gerard Malynes şöyle demektedir: "Kitabıma [ticaret hukukunun] eski adını *Lex Mercatoria* verdim...çünkü bu bütün kralların ve devletin yetkilerine dayanarak onayladığı örf ve âdet hukukudur; herhangi bir hükümdarın egemenliğine dayanarak çıkardığı bir yasa değildir".[12] Blackstone da on sekizinci yüzyılın ortalarında şöyle yazmıştır: "Ticari ilişkiler, [tacirlerin] kendilerinin verdiği isimle Tacirlerin Hukuku ya da *Lex Mercatoria*'ya göre düzenlenmektedir. Bütün uluslar *Lex Mercatoria* üzerinde uzlaşmıştır ve onu dikkate al-

---

[11] Aktaran F.M. Burdick, "Contributions of Law Merchant to the Common Law", *Select Essays in Anglo-American Legal History*, III (Boston, 1909), 50.

[12] Gerard Malynes, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant* (London, 1622), Preface "To the *Courteous Reader.*

maktadır ve özellikle, yerel ticarete ilişkin bütün meseleleri içeren genel kurallara göre karar verilen tacirlerin davalarında İngiliz hukukunun bir parçası olarak ele alınmalıdır, örneğin poliçelerin keşide ve kabulünde, kambiyo senetlerinin transferinde".[13]

On ikinci yüzyıl Avrupa'sında ticaret (tacirlerin) hukukunun ulusaşan karakteri, yerel hukuka tabi yabancıların karşılaştıkları engellere olduğu kadar yerel kanunların ve geleneklerin diğer saçmalıklarına karşı da önemli bir koruma sağlıyordu. 1275 tarihli İngiltere Westminster Kanunu'na göre "Bu krallığın dışından olan yabancı bir kimsenin malları; herhangi bir kentte, ilçede, fuar ya da pazarda borçlusu olmadığı ya da teminat göstermediği bir borç nedeniyle haczedilmeyecektir". Ne var ki, yurttaşlarının borçları nedeniyle bir yabancının mallarına el konması uygulaması bütün ülkelerde ortadan kalkmamıştır. Kuzey İtalya'da kentler arasında yapılan bir dizi anlaşma "İtalyanlarla aynı korumayı yavaş ve düzensiz biçimde güvence altına almıştır".[14] Bu ve diğer meselelerde yasaların tek tipleştirilmesi süreci tedriciydi. Uluslararası fuarların gelenekleri bile her zaman aynı değildi. Ancak her şey düşünüldüğünde ülkelerin ve yerellerin ticari faaliyetlerde uygulanan hukukları ve gelenekleri arasındaki farklılıklar, detaylardaydı. William Mitchell'ın belirttiği üzere "Her ülke, hatta denebilir ki her kasabanın kendi Tacir Hukuku vardı, hepsi aynı türün çeşitli biçimiydi. Belirleyici ilkeler ve en önemli kurallar aynıydı ya da aynı olma eğilimindeydi".[15]

"Yabancı tacirleri" korkutan sadece yerel hukuka bağlı ayrımcı uygulamalar değildi, onları yolları üzerindeki korsanlar ve haydutlar ile vergi salan yetkililerin açgözlülüğü de korkutuyordu. Yolculuğun tehlikelerinden korunmak için deniz ticareti büyük ölçüde kıyıdan konvoylar halinde yürütülüyordu; karada ise tacirler silahlı ve genellikle diğerleriyle birlikte kafile halinde seyahat ediyordu. Aksi halde tacirler kendilerini, örneğin Rhine üzerindeki sayısız kanaldaki ağır geçiş ücretinden koruyamazdı ki bu ücretlerin ağırlığı onlara *furiosa Teutonicorum insania* ("Tötonik çılgınlık") karakterini kazandırmıştı.[16] 1431'deki Fransız re-

---

[13] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* I (Portland, 1807), s. 273.
[14] William Mitchell, *An Essay on the Early History of the Law Merchant* (Cambridge, 1904), s. 7.
[15] Ibid., s. 9.
[16] Bkz. Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, I (Stuttgart, 1891), s. 119.

formundan sonra dahi Loire ve kolları üzerinde yaklaşık 130 geçiş ücreti uygulaması kalmıştı.[17]

Yerel hukuka tabi yabancı tacirlerin haklarının olmaması ve yerel yöneticilerin koruma sağlayamaması, tacirlerin kendi hukuklarını evrenselleştirmelerini acil bir zorunluluk haline getirmiştir. Zaman içinde de bu evrensel ticaret hukuku, yükselen merkezî siyasi otoriteler tarafından koruma altına alınmıştır. Bu durumun en erken örneklerinden birisi 1215'teki *Magna Carta*'dır. Buna göre "Bütün tacirler, alım satım amacıyla İngiltere'ye serbestçe gelip gidecek, kalabilecek ve karada ve suda seyahat edeceklerdir. Eski hukukla ve geleneklerle uyumlu ve adil olan geçiş ücretlerinden muaf olacaklardır".[18] Böylesi korumalar nihayetinde -diğer yerlerde olduğu gibi İngiltere'de de- bunları merkantilist mahkemelerde uygulayan yerel otoritelerin iş birliğiyle genişlemiştir. Nitekim 1292 yılında Lucas isimli Londralı bir tacir, Lynn fuarını, bir Alman tacirden aldığı malların bedeli olan otuz bir poundu ödemeden, gizlice terk etmekle ve ticaret hukukuna göre yetkili olan fuar mahkemesine çıkmamakla itham edilmiştir. Mahkemeye göre "hiçbir yabacı tacir, bu davranış sebebiyle bedelini peşin almadan Londra yurttaşlarına satış yapmak istemeyecek ... onlara güvenilmez borçlu diyecektir". Lucas, peşinde Alman tacirle Lynn'den St. Botolph'a oradan Hull'a ve oradan da Londra'ya kaçmıştır. Ünlerinin zarar görmesinden korkan Londralı tacirlerin isteğiyle Lucas, Londra Kulesi'ne hapsedilmiştir. Lucas'ın davası en sonunda *habeas corpus* uyarınca Krallık Mahkemesi'nde görülmüştür.[19]

Seküler yöneticiler, birbirleri ile anlaşmalar yaparak da ticaret hukukunun evrensel karakterinin korunmasını sağlamıştır. En azından on ikinci yüzyıldan itibaren İtalyan kentleri kendi aralarında yaptıkları ikili anlaşmalarla, birbirlerinin yurttaşlarının kentlerine yerleşmesi, orada mülk sahibi olması, ticaret ve sanayi

---

[17] Ibid.

[18] 1215 tarihli Magna Carta'nın 41. Bölümü şöyle devam etmektedir: "...bize karşı savaşan bir ülkenin tacirleri olmaları hariç, savaş zamanında da güvence altındadırlar. Bu tacirler savaş çıktığında ülkemizde bulunurlarsa biz ya da baş yargıç, bize karşı savaşan ülkedeki tacirlerimizin nasıl muamele gördüklerini tamamıyla öğrenene kadar, mallarına ve canlarına zarar verilmeksizin bekletileceklerdir. Eğer bizim tacirlerimize iyi muamele edilmişse onların tacirleri de bizimle güvende olacaklardır".

[19] Hubert Hall, ed., *Select Cases concerning the Law Merchant*, III (London, 1932), 175.

ile uğraşması, ibadet etmesi ve mahkemelere başvurması konularında anlaşmıştır.[20] Bu anlaşmalarla, tarafların yurttaşlarının arasındaki ticari uyuşmazlıklarda ticari örf ve âdete, örf ve âdet yoksa "hakkaniyete göre" hızlıca karar vermek üzere ticaret mahkemeleri de kurulmuştur.[21] Yine on ikinci yüzyılda Kral II. Henry ile Köln şehri arasında yapılan bir anlaşmayla, Köln yurttaşlarının İngiliz tacirlerin gördükleri gibi muamele görecekleri güvence altına alınmıştır. Bu anlaşma belki de "ulusal işlem" şartının geçtiği en eski örnektir ve modern ticari anlaşmalardaki "en çok gözetilen ulus" kaydının öncüsüdür.[22]

HAKLARIN KARŞILIKLILIĞI

Hakların karşılıklılığı ilkesi, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında ortaya çıkan yeni merkantilist hukuk sisteminin merkezindeydi. Elbette karşılıklılığın kendisi, karşılıklı alıp-verme anlamında bütün uygarlıklarda ticaretin merkezindeydi, zira ticaret, ticari faaliyette bulunanların çıkarlarının ve yüklerinin karşılıklı olmasını gerektirir. Satıcının malları alıcının parası vardır; ödünç veren peşin ödeme yapar, ödünç alan aldığını bir miktar fazlasıyla geri ödemeyi kabul eder; nakliyeci malları taşır, alıcı ya da satıcı nakliye giderini öder. Her iki taraf da fedakârlıkta bulunur ve karşılığında daha iyi durumda

---

[20] Goldschmidt, *Universalgeschichte*, ss. 180-182.

[21] Bkz. Mitchell, *Essay*, ss. 14-16. Mitchell şöyle yazmaktadır: "Marsilya'da, ticaret mahkemesi hâkimlerinin henüz on ikinci yüzyılda bile bulunduğu yerde, davalarda ve ihtilaflarda 'hukukun inceliklerini dikkate almadan ve gecikmeden karar vermek [hâkimlerin] göreviydi. Cermen tüccar loncası, İngiliz ve Fransız Deniz Mahkemeleri davaları ivedilikle görürdü. Geçmekte olan yabancı ya da yol üzerindeki yabancı tacir için gecikmeden yargılama kuraldı".

[22] Belgenin yeniden yazımı için bkz. G.F. Sartorius Freyherrn von Waltershausen, *Urkundliche Geschihte des Ursprunges der deutschen Hanse*, ed., J. M. Lappenberg, II (Hamburg, 1830), 3. Bu, Henry'nin yargıçlarına, şeriflerine ve Fransa ve İngiltere'deki "bütün sadık hizmetkarlarına" "Köln vatandaşlarını, tacirlerini ve erkeklerini ve onların mülklerini [res] ve mallarını...kendisininkiler gibi [*sicut meas proprias*] koruma[ları] ve gözetme[leri]" için verdiği bir emir biçimindeydi. İkinci bir belgenin, aynı bölümün 4. Sayfasında "Kölnlü erkekleri ve yurttaşları ve sahip oldukları malvarlıklarını, emtialarını ve sahip olduklarını benim [kralın] adamlarının ve arkadaşlarınınmış gibi" koruma, gözetme ve bakma emri teyit edilmektedir. Ayrıca "[tacirlerin] icra etmeye alışkın olmadıkları... hiçbir yeni yasaya ya da geleneğe uymaya" zorlanamayacakları da belirtilmiştir. İki yasa da Woodstock ve Northanpton'da çıkarılmıştır ancak tarih belirtilmemiştir. (II. Henry 1154'ten 1189'a kadar hüküm sürmüştür.) Buna karşılık, Köln şehrinin de benzeri bir korumayı genişleterek İngiliz tacirlere tanıdığı farz edilebilir.

olmayı umar. Yine de on birinci yüzyılın sonları on ikinci yüzyılın başlarından itibaren Batı'da anlaşıldığı biçimde karşılıklılık ilkesi, salt değişimden fazlasını ifade etmektedir. Karşılıklılık ilkesi, idealde, işlemin tarafları arasında yarar ve zararda eşitlik unsurunu; değişimin adil olması gerekliliğini içermektedir. Bunun da karşılığında birisi usuli diğeri esasa ilişkin olmak üzere iki boyutu vardır. Usuli boyutunda, değişim adil olmalı; yani tehdit, hile ya da iradeyi sakatlayan diğer haller ya da yanlış bilgilendirme olmamalıdır. Esasa ilişkin boyuta gelince değişim bilerek ve isteyerek gerçekleştiğinde dahi, taraflardan birinin kazanımı aşırı biçimde orantısız olmamalı ve üçüncü kişilere yahut genel olarak topluma haksız biçimde dezavantaj yaratmamalıdır.

Hakların karşılıklılığının hem usuli hem de esasa ilişkin boyutu, tam da "haklar" teriminin on birinci yüzyılın sonlarından itibaren Batı'da kabul edilen anlamına içkindir. Haklar, bütün hukuk sisteminin zorunlu bir parçası olarak görülmüştür. Haklara niteliğini veren de o hukuk sisteminin amaçlarıdır. Koruma, en azından ticari işlemlerdeki bazı adaletsizliklere karşı koruma bu amaçların arasında yer almaktadır.

Usuli karşılıklılık ilkesi Papalık Devrimi'ne eşlik eden hukuk anlayışında hayli gelişmiştir. Özellikle kanon hukuku, sözleşmelerin kuruluşunda hakkaniyet ilkesine özel bir önem vermiştir. İyi niyet ilkesi, kilise mahkemelerine sözleşmeler üzerinde yargı yetkisi kazandırırken, iyi niyet de (*bona fides*) akdi taahhütlerin kutsallığının gerekli ölçütü haline gelmiştir. Kanon hukukundaki hile, tehdit ve hata kavramları bir yandan tarafların bağlayıcı sözler verirken serbest olmalarını destekleyerek, ama öte yandan da onları sert koşullardan koruyarak karmaşık bir teoriye biçim vermiştir. Hepsinden öte Cermen hukukuna hâkim olan yeminin şekle tabi olması usulü kimi düzeltici etkilere maruz kalmıştır. Cermen hukukunun ve eski Roma hukukunun aksine, yeni Roma hukuk bilimiyle desteklenen kanon hukuku, şekli olmayan sözlü anlaşmaları uygulamakla kalmamış aynı zamanda taraflardan birinin sorumlu olmadığı bir hatadan doğan yahut kandırılmasına yol açan şekli anlaşmaların (yemin altında yapılan ya da mühürlenen yazılı anlaşmaların) çoğunu uygulamayı da reddetmiştir. Yeni merkantilist hukuk sistemi kimi iyileştirmeler yaparak bu ilkeleri kabul etmiştir. Bu ilkeler, sözleşme kurulurken hakların usuli karşılıklılığı ilkesini yansıtmaktadır.

Hakların maddi karşılığı ilkesi, her ne kadar daha az gelişmiş

olsa da kanon hukukçularının adil ücret ve tefecilik öğretilerinde ele alınmıştır.[23] Bu öğretilere, hemen göze çarpmayan niteliklerin çoğu, ticari gereksinimleri cevaplayabilmek için dâhil edilmiştir. Yasal faize izin verilmiştir. Bununla birlikte tacirler çoğunlukla kanon hukukçularının merkantilist uygulamaları düzenlemelerine; özellikle de kilise mahkemelerinin ticari davalarda yetkilerinin olduğu iddialarına direnmiştir. Geç ama on birinci yüzyılın sonları ile on üçüncü yüzyıl arasındaki dönemin karakteristik örneklerinden birisi Cenova kentinin Dükü ve Belediye Konsülü'nün 1369 yılında çıkardığı bir kararnamedir. Buna göre, yaptığı ticari sözleşme, örneğin sigorta sözleşmesi veya yabancı para bozdurma gibi, tefecilik olduğu ya da kanon hukukunu ihlal ettiği yahut başka bir sebeple yasadışı olduğu için kilise mahkemesine ya da başka bir mahkemeye başvuran herhangi birine esaslı miktarda bir para cezası verilecektir.[24]

Tacirler ile rahipler arasındaki Kanon hukukunun ticari sözleşmelere uygulanabilirliği meselesine ilişkin çatışmada sözleşme özgürlüğünün ahlaki değerlere tabi olduğuna dair temel bir görüş ayrılığı bulunmamaktaydı. Tacirler istedikleri yolla zengin olma hakkının varlığına inanmıyordu. Her ne kadar tacirler ticari faaliyetlerin manastır hayatının ahlaki standartlarına tabi olduğunu düşünmeseler de ticari faaliyetlerin adil ücret ilkesine, tefecilik yasasına ve ahlaki olmayan ya da zalim anlaşmalara karşı koruyan benzeri yasalara tabi olduğunu inkâr etmiyorlardı. Kilise'nin ahlaki meselelerde üstünlüğünün olduğunu da. Yine de tacirler ticaret hukukuna ilişkin meselelerde görece özerk olmaları gerektiğinde ısrarcı olmuşlardır ve en azından teoride kilise tacirlerin özerkliğini reddetmemiştir. Bununla birlikte tacirlerin çözümleri kiliseninkilerden, tıpkı tacirlerin yargısının kilisenin yargısından farklı olabildiği gibi farklı olabiliyordu ve farklı çözümlerin her biri, tıpkı yargı mekanizmalarının her biri gibi geçerli olabiliyordu. Bu, işbaşındaki skolastik diyalektikti. Merkantilist topluluğun kendi hukuku vardı, *lex mercatoria;* kilisenin de

---

[23] Bkz. 6. Bölüm.

[24] Kararname Lopez ve Raymond tercümesiyle yeniden yazılmıştır. Bkz. *Medieval Trade,* ss. 276-277. Kararname ile dük ile belediye konsülü "yazılı ya da yazısız mübadele araçları ile diğer ticari sözleşmeler bu tür eksiklikleri nedeniyle uygulanamazsa, genellikle benzeri sözleşmeleri yapan Cenevizli yurttaşların ve tacirlerin büyük kayba uğrayacağını ve sıkıntı yaşayacağını; ne ticaret yapılabileceğini ne de gemilerin ticari seyahatlerine çıkabileceğini" göz önüne almıştır.

kendi hukuku vardı, *ius canonicum*. Elbette tacirler, kilisenin birer üyesiydi ve bu nedenle kanon hukukuna tabiydi ancak aynı zamanda merkantilist topluluğun da üyesiydiler ve bu nedenle merkantilist hukuka tabiydiler. Bu iki hukuk çatıştığında hangisinin üstün gelmesi gerektiği berrak değildi. Her ikisi de haklı olabilirdi. Çatışmayı ancak zaman çözebilirdi.

Böylece hem tacirler hem de rahipler tarafından gözetilen hakların usuli ve maddi karşılıklılığı soyut bir ilke olarak değil spesifik toplulukların bünyesinde ileri sürülen ve uygulanan bir ilke olarak görülmelidir. Tacirler, dinî kardeşliklere, loncalara ve diğer birliklere ayrılan özerk bir topluluk kurmuştur. Yeni merkantilist hukuk sistemi bütün özelliklerini bu tarihsel olgudan almıştır; nesnelliğini, evrenselliğini, hakların karşılıklılığını, katılımcı adaleti ve büyümeyi.

KATILIMCI ADALET: TİCARET MAHKEMELERİ

Ticaret mahkemeleri, pazar ve fuarların mahkemelerini, tüccar loncalarının mahkemelerini ve kent mahkemelerini kapsıyordu. Her ne kadar lonca ve kent mahkemeleri münhasıran ticari meselelerle meşgul olmasa da ticari yargı yetkileri, ticaret mahkemesi gibi ele alınmalarına yetecek kadar genişti.

Pazar ve fuar mahkemeleri ise senyörlük mahkemeleri ya da manor mahkemeleri gibi profesyonel olmayan topluluk mahkemeleriydi; yargıçlar pazardaki ya da fuardaki tacirler tarafından kendi aralarından seçiliyordu. Lonca mahkemeleri de profesyonel mahkemeler değildi, genellikle loncanın başı ya da onun temsilcisinden oluşuyordu ancak çoğunlukla loncanın başını iki ya da üç tacir belirliyordu. Nadiren profesyonel bir hukukçu tacir bir tetkikçi ile oturuyordu. Profesyonel noterlerse sıklıkla hukuki formaliteleri yerine getirmek için kâtip gibi davranıyordu.[25] Merkantilist kent mahkemeleri de çoğunlukla tacirlerin kendi aralarında seçtikleri üyelerden oluşuyordu. 1154 tarihli bir Milan yasası ticari davaları görmeleri için "tacirler konsülü" seçilmesine izin vermişti ve merkantilist konsül mahkemeleri sistemi pek çok İtalyan kentine yayılmıştı. Sistem yabancı tacirlerin, kendi yurttaşları olan tacirler arasından yargıç seçmelerine izin veriyordu. Kuzey İtalya'nın kent cumhuriyetlerinde merkantilist konsül mahkemeleri yetkilerini kentteki bütün ticari davaları

[25] Goldschmidt, *Universalgeschichte*, ss. 170-171.

kapsayacak biçimde genişletmişti. Diğer Avrupa kentleri de İtalyan konsül mahkemesi sistemini benimsemiş ya da ticari davaların tacir-yargıçlar tarafından görülmesini sağlayan benzeri kurumları geliştirmişlerdi. Bazı ülkelerde kraliyet otoritesi, tüccar loncaları ile kasaba pazar ve panayırları üzerinde yetkili olduğunu ileri sürmüş ancak bundan sonra dahi ticaret hukuku tacir-yargıçlarca uygulanmaya devam etmiştir.

Zamanla Batı'da çeşitli yerlerde çeşitli tiplerde ticaret mahkemeleri kurulmuştur. İngiltere, Galler ve İrlanda'da yeşeren İngiliz ticaretinin esas olarak yün, deri ve maden gibi belirli temel ürünlere yönlendirildiği on dört kasabada, sözüm ona "temel mahkemeler" (*staple courts*) kurulmuştur. Bu ticareti İtalyan, Flaman ve Cermen tacirler ve bankerler yürütmüştür. İngilizler, "yabancı tacirler"e ticaret merkezi olan kasabalarda koruma sunmuşlardır. 1353 tarihli *Statute of Staple*'a (Ticaret Merkezleri Kanunu) göre, ticaret merkezi olan kasabalardaki her tacir ve tacirin hane halkı ile hizmetkârları "ticaretle ilgili her konuda, *common law* ile kentlerin, ilçelerin ya da kasabaların âdetlerine değil ticaret hukukuna tabi olacaklardır". Yabancı tacirler "tacirler topluluğu kadar yerleşik yabancılar tarafından da" bir yıllık bir dönem için seçilen belediye başkanının yönettiği temel mahkemelerin yargı yetkisine tabiydiler. Böylece yabancı tacirler İngiliz kasabalarındaki belediye başkanlığı seçimlerine katılmıştır! Belediye başkanının "ticaret hukuku bilgisine sahip olması" ve ona göre yargılama yapabilmesi gerekiyordu. Hem bir İngiliz'in hem de yabacı bir tacirin karıştığı yargılamalarda yarısı yabancılardan yarısı İngilizlerden oluşan bir jürinin oluşturulması gerekiyordu. Şansölye'ye ya da Kralın Mahkemeleri'ne temyiz başvurusu yapılabilirdi.[26]

Diğer bir ticaret mahkemesi türü, liman kentlerindeki yerel denizcilik mahkemesiydi ve deniz yoluyla taşımadan kaynaklanan ticari davalarla, denizcilikle ilgili davalarda yetkiliydi. Bu mahkemelere Amirallik Mahkemesi adı verilirdi ve "med cezirden med cezire" toplanırdı.

Her türdeki ticaret mahkemesinde usulün belirleyici özelliği hızı ve şekli olmamasıydı. Süreler sınırlıydı; adil mahkemelerde adalet tacirin ayakları hâlâ tozluyken; denizcilik mahkemelerinde "med cezirden med cezire"; lonca ve kasaba mahkemelerinde

---

[26] Statute of the Staple, 27, III. Edward (1353).

"bir günden diğerine" derhal sağlanmalıydı. Çoğunlukla temyiz yolu kapalıydı. Sadece profesyonel hukukçular dışarıda bırakılmıyor, teknik hukuki argüman sunulmasına da karşı çıkılıyordu. Mahkeme "her adamın kendi gerçeğini dillendirdiği ... ve elinden gelenin en iyisini söylediği ... hakkaniyete" göre yürütülüyordu. Tipik bir tüccar loncası tüzüğüne göre ticari davalarda "*ex aequo et bono* (hak ve nısfete göre) karar verecekti[r]; ihtilafı hukukun inceliklerine göre çözmek zorunda değildir".[27] Bu usuli nitelikler, ticaret hukukunu kent hukukunun ve kraliyet mahkemelerinin şekle bağlı usulünden ve kanon hukukunun olağan yazılı yargılama usulünden keskin biçimde ayırıyordu.

Ne var ki, ticaret mahkemelerinin usulü, kilise mahkemelerinin (olağan davaların aksine) ivedi usulü ile ilişkiliydi. Ticari davalar dâhil olmak üzere özel tipteki davalarda ivedi yargılama usulü, 1306'daki "*Saepe Contingit*" adlı Papalık Buyruğu'yla onaylanmıştır. Buyruk'un açılış cümlesi "Çoğunlukla olur ki..." şeklindedir. Papalık Buyruğu, papanın kimi zaman başvurduğu ve usul talimatlarına uyan kilise yargıçlarının davalarına atıfta bulunmaktadır. Buna göre usul "basit ve sade olmalı, olağan usulün şekli şartları ve dinî kuralları [dikkate alınmamalıdır]". Buyrukta, bu sözcükleri açıklamak için böylesi bir davayı gören yargıcın olağan usuldeki gibi dilekçe değil yazılı bir şikâyet alması, tatil zamanlarında bile davayı görebileceği, geciktirici mazeretleri kabul etmemesi ve gecikmeye yol açacak başvuruları reddetmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıç, avukatların, davacının, tarafların ve tanıkların "yüksek sesli" itirazlarını da reddetmelidir. Bu tür davalarda yargıç, "tarafları ya onların isteğiyle ya da hakkaniyet neyi gerekiyorsa ona göre kendi inisiyatifiyle sorgulayacaktır".[28] Bu Papalık Buyruğu daha sonra kurulacak olan İtalyan ticaret mahkemesi kanunlarında yerini bulmuş; Cermen, Fransız ve Şansölyenin mahkemesindeki *equity* yargılamaları da dâhil olmak üzere İngiliz ticaret ve denizcilik mahkemelerini de etkilemiştir.

İngiltere'de ticaret mahkemelerinin hızı Bracton tarafından da vurgulanmıştır. Bracton bazı sınıflardan insanların "*Pepoudrous* Mahkemelerinde adalete ulaşan tacirler gibi süratli bir yargıla-

---

[27] Mitchell, *Early History of Law Merchant*, ss. 14-17, 20.

[28] Decretal "Saepe Contingit" of Pope Clement V (1306), *Corpus Juris Canonici, Decretalium Collectiones* (Leipzig, 1881), s. 1200.

maya" tabi olması gerektiğini yazmıştır. (*Pepoudrous* mahkemeleri, pazar ve fuarlardaki "pipo tütünü tozu" ya da "tozlu ayaklar" mahkemeleridir.)[29]

Ticaret mahkemelerinde hızlı, resmî olmayan ve hakkaniyete uygun yargılama ilkesi kuşkusuz ticari gereksinimlere bir yanıttı. Ne var ki, bu yanıt ancak ticari yargılamaların komünal ve katılımcı niteliği sayesinde verilebilmiştir. Merkantilist hukukun diğer nitelikleri gibi -nesnellik, evrensellik, hakların karşılıklılığı, bütünleşme ve büyüme- ticari yargılamaların komünal karakteri, (yani tacirlerin ticari ihtilafların çözümüne katılmaları) soyut bir adalet ilkesi, hukuki bir ideal olarak görülebilir. Bu bakış açısından durum hem olumlu hem de olumsuz değerlendirilebilir. Zira ticari yargılamaların komünal karakteri bir yandan bireysel ticari davaların hakkaniyete göre görülmesine katkıda bulunurken öte yandan merkantilist hukukun, kilisenin, krallığın, hatta kentlerin denetiminden korumuş ve ticari imtiyazları muhafaza etmiştir. Ancak ticari davalardaki katılımcı yargılama sistemi, tacir sınıfının görece özerkliği ile bu sınıfın Batı hukuk geleneğinin oluşum evresindeki hukuku olarak tarihsel açıdan da değerlendirilmelidir. Ruhani ve seküler otoritelerle etkileşim halinde ve feodal, manoryal, ticari, kentsel ve kraliyet hukuk sistemleri ile bütünleşmiş ve Batı'nın hukuk birliğini etkileyen göreli bir özerklik.

MERKANTİLİST HUKUKUN BÜTÜNLEŞMESİ

Batılı merkantilist hukuk, on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılın başlarında ilke, kavram, usul ve kurallardan oluşan bütünleşik bir sistem karakterini kazandı. Ticari ilişkilere bağlı çeşitli haklar ve yükümlülükler bilinçli olarak bütün bir hukuk gövdesinin, *lex mercatoria*'nın kurucu parçaları olarak yorumlandı. O dönemde kıymetli evrak, teminatlı kredi, ortak teşebbüs gibi mevcut çoğu hukuki kurum yeniden biçimlendirilerek pek çok farklı ticaret hukuku kurumu yaratıldı; hepsinin ayrı ve tutarlı bir sistemi oluşturduğu düşünüldü.

On birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü

---

[29] *"Item propter personas qui celeren habere debent isutici iusticiam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur iustitia pepoudrous"*. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, fol. 333, in Samuel Thorne *Bracton on the Laws and Customs of England*, IV (Cambridge, Mass., 1977), 63.

yüzyılın başlarında Batılı merkantilist hukukun şu ayırıcı özellikleri ortaya çıktı:

- Menkul (taşınabilir mallar) ve gayrimenkul (arazi ve araziye bağlı müştemilatlar) hukuku keskin biçimde ayrıldı.
- Taşınır mallarda iyi niyetli alıcının haklarının o malın esas sahibinin haklarına üstün olduğu kabul edildi.[30]
- Mülkiyetin devrinde, eskiden yapılan bir şeyin verilmesiyle yapılan sembolik devir yerini mülkiyetin (ve kayıp ya da hasarın) devrinin taşıma senedi veya diğer belgelerle yapılmasına bıraktı.
- Bir yandan garantinin ihlali halleri sınırlandırılmış öte yandan üreticinin zımni garantisi ile ticari garanti (*marchandise loyale et marchande)* öğretisi geliştirildi.
- Ürünlerin teslim edilmemesi halinde doğan zararlar için sözleşmedeki fiyat ile piyasa fiyatı arasındaki farka dayanan nesnel ölçütler geliştirildi ve sözleşmenin belirli biçimlerdeki ihlalleri için sabit cezalar öngörüldü.
- Kıymetli evrak, emre muharrer senet gibi ticari belgeler ve bu belgelere ilişkin mücerretlik (soyutluk, sebepten bağımsızlık) ilkesi geliştirildi. Başka deyişle senedin kendisi sözleşmenin kanıtı olmaktan çıkıp cisimleşti ve senetteki haklar senetten bağımsız dava edilebilir oldu.
- Kıymetli evrak ve emre muharrer senet kavramlarının ortaya çıkışıyla iyi niyetli devralan keşideciden ya da taahhüt edenden, üstelik ikincisinin haklı sebepleri olsa bile (dolandırılmış olması gibi) borcu tahsil etme hakkını kazandı.
- Taşınır malların rehni, satıcının borcun ödenmemesi halinde hapis/rehin hakkı ve teminata dair diğer haklar ortaya çıktı.
- Taşınır mallarda zilyetlik ile maliklik birbirinden ayrıldı, zilyedin hakları malik olma sıfatından bağımsız olarak tanındı.[31]
- Taşınır alım satımında sözlü ve şekle tabi olmayan anlaşmaların geçerli olduğu kabul edildi.
- Karmaşık ticari kredi sistemini hesaba katan iflas hukuku geliştirildi.
- Konşimento ve diğer nakliye senetleri geliştirildi.

---

[30] Cermen (Alman) ve Fransız hukukunda iyi niyetli zilyedin gerçek malike karşı korunma hakkı "Hand wahre Hand" ve "Meubles n'ont point de suite" maksimleri ile ifade edilmiştir. İngiliz hukukunda ise öğreti, açık pazarlardaki (pazarın kurulduğu yerdeki) işlemlerle sınırlandırılmıştır.

[31] Goldschmidt, *Universalgeschichte*, s. 133'te bunu "die Matéralisierung des Besitzrechts" (mülkiyet hakkının gerçekleşmesi) diye adlandırmaktadır. Taşınırlara olduğu kadar taşınmazlara da uygulanabilir.

- Eski Greko-Romen denizcilikteki faiz uygulaması genişletildi ve finansman ve sigorta aracı olarak geminin, navlunun ya da yükün rehnedilmesiyle güvence altına alınan deniz ödüncü ortaya çıktı.[32]
- Daha bireysel olan Greko-Romen ortaklık (*societas*) kavramının yerini, ortak mülkiyetin olduğu, ortaklığın tasfiyesi halinde malvarlığının bütün kabul edildiği ve ortaklardan birinin ölümü halinde haklarının ve yükümlülüklerinin devam ettiği daha kolektivist bir kavram aldı.
- Ortak girişim (*commenda*) her ortağın yalnızca taahhüt ettiği yatırımdan sorumlu olduğu bir tür sermayesi paylara bölünmüş anonim şirket olarak geliştirildi.
- Marka ve patent geliştirildi.
- Kamu istikrazlarının verilmesi bono ve diğer tahvillerle güvence altına alındı.
- Mevduat bankacılığı geliştirildi.[33]

Böylece modern ticaret hukuku sisteminin yapısal unsurlarının tamamı değilse de çoğu bu dönemde oluşturuldu. Dönemin bütün hukuk sistemlerinin ortaklaştığı bazı hukuki kavramlar, bu unsurlara içkindi ve merkantilist topluluğun özel gereksinimlerine göre uyarlandı. Yeni kredi araçlarının ortaya çıkışında görünen iyi niyet ilkesi ile ticari işletmelerin ortaya çıkışında beliren tüzel kişilik ilkesi de bu gereksinimler arasındaydı.

Kredi araçları. On ikinci yüzyılda ayni ödeme istisnai hale gelirken, kredi kullanımını içeren yeni ticari sözleşmeler çoğaldı. Gerçekten de nakit ödemenin kendisi bir tür kredi işlemiydi çünkü paranın değerini koruyacak herhangi bir egemen devlet

---

[32] Deniz ticaretinde, ticaret yapanlara verilen faizli borç (*foenus nauticum*), denizaşırı nakliye yapan bir tacire verilen teminatsız faizli borçtu ve gemi zarar görmeden döndüğünde geri ödenirdi. Faiz oranları çok yüksekti; on birinci ve on ikinci yüzyıllarda genellikle yüzde elliydi. Batılı hukukçular bu uygulamanın bir çeşidini keşfetmişti, *respondentia.* Buna göre anapara ve faizi, gemiye ne olduğuna bakılmaksızın yük gideceği yere ulaştığında ödenirdi. Deniz ödüncü ise ancak gemi döndüğünde ödenebildiği halde maliyeti daha ucuzdu. Çünkü satıcının yükü üzerindeki rehin kredi verene devredilirdi ve satıcının kârı gemideydi. Denizcilik faizi tefecilik olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve Papa IX. Gregorius tarafından 1236'da yasaklanmıştır. Bkz. Raymond de Roover, *"The Organisation of Trade" in Cambridge Economic History of Europe,* ed. M. M. Postan, E. E. Rich and Edward Miller, III (Cambridge, 1963), 54.

[33] Bu listenin çoğu Golsdschmidt'in *Universalgeschihte* adlı eserinde 133. sayfadan itibaren bulunabilir.

yoktu ve tedavülde birbirlerinden farklı pek çok bozuk para bulunuyordu.

Temel kredi biçimleri, alıcının satıcıya verdiği emre muharrer senetler ve kambiyo senetleriydi. Alıcı ya satıcıya hitaben bir senet imzalardı ve bu senet ile belirlenen zamanda ya da senet sunulduğunda satıcıya ödeme yapmayı taahhüt ederdi ya da üçüncü kişiye, zamanı gelince ya da gösterilince ödenmek üzere bir poliçe yazardı (X'e, Y'ye hesabıma ... ödeyiniz). Akdeniz'deki Araplar ticari senetleri sekizinci ve onuncu yüzyıllar arasında kullanmıştır ancak görünen o ki, daha sonra bunlar "mücerret (soyut) sözleşmeler olarak görülmemiştir. Yani senetleri doğuran sözleşmeden bağımsız olarak ödeme yükümlülüğü doğurdukları düşünülmemiştir. On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda kıymetli evraklar yeniden yaygın hale geldiklerinde ise sadece illetten mücerret niteliklerini kazanmamış aynı zamanda paranın kendisi gibi, değişim değeri niteliğini kazanmışlardır. Keşideci, senedi alacaklıya "ya da onun emrine" ödenmek üzere düzenlemiştir.[34] Bunun anlamı alacaklının senedi devrettiği (ciro ya da başka yolla) kimsenin borcu koşulsuz olarak keşideciden ya da alacaklıdan tahsil etme hakkı kazanmasıdır, keşidecinin asıl alacaklıya karşı öne sürebileceği haklı bir itiraz (sözgelimi hile) olsa bile. Ancak bunun için senedi devralanın iyi niyetli olması, hileyi ya da iradeyi sakatlayan diğer halleri bilmemesi gerekmektedir. Senedin elden ele geçebileceği öngörülmüştü. Benzer biçimde iyi niyetli kimsenin elindeki kıymetli evrakta yazan miktarın alacaklıya ya da "hamiline" ödenmesi de geçerliydi.

Sekizinci yüzyıl ile onuncu yüzyıllar arasında ne Roma ve Cermen hukuku ciro edilebilir kıymetli evraka ne aşinaydı ne de Akdeniz'deki Arap tacirleri ile diğer tacirler arasında böyle bir kavram ya da uygulama geliştirilmişti. Batılı tacirlerin on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda ciro edilebilir senetleri

[34] "Vel ei cui ordineverit". Ibid., s. 135, 145. dipnot. Goldschmidt, Heinrich Brunner'dan aynı etkiye sahip ödeme kâğıtlarının İtalya'da çeşitli kalıplaşmış biçimleriyle altıncı yüzyıldan itibaren kullanılmakta olduklarını aktarır. Ancak Goldschmidt, bu belgelerin modern kullanıma denk düşenlerinin (X'e ödeyiniz ya da X'in emrine ödeyiniz) İtalya'da ilk kez on ikinci, Almanya'da ise on üçüncü yüzyılda ortaya çıktığını belirtir. Goldschmidt'e göre, hamiline yazılı senet İtalya'da dokuzuncu yüzyıl kadar erken bir dönemde kullanılırken Flamanya ve Fransa'da on üçüncü yüzyılın sonuna dek kullanılmamış; Almanya'da ise on dördüncü yüzyılın başlarından itibaren kullanılmaya başlamıştır.

keşfi, piyasaya sürülebilir malların ortaya çıkışına karşılık üretilen bir çözümdü. Yine üretilen çözüm ihtiyaç duyulan ekonomik teşvikten daha fazlasıydı. Yine de kredi birikiminin olması zorunluydu zira kredi olmadan yani piyasayı oluşturacak insanlar geleceğe güven duymadan ne kredi araçları olabilirdi ne de ciro edilebilir ilave kredi mümkün olurdu. Kredi, elbette bir şeye ya da birine duyulan inanç, iman ya da güvendi. Eğer bütün alacaklıların ve borçluların ait olduğu topluluğun sürekliliğine ve bütünlüğüne duyulan güçlü inanç, iman ya da güven olmasaydı borçlunun gelecekteki yükümlülüğünün bir alacaklıdan diğerine devredildiği bir sistem ne geliştirilebilirdi ne sürdürülebilirdi. Gerçekten de sadece merkantilist topluluğun geleceğine duyulan böylesi bir güven, derhal ödemenin değerinin daha sonraki bir tarihte ödemenin değerine göre hesaplanmasını mümkün kılabilirdi.

Rober Lopez'in yazdığı üzere "Bol kredi, Ticaret Devrimi'nde tampon görevi görmüştü. Hepsi birden özgün bir fenomendi... Greko-Romen ticaret her tür nakit akışıyla destekleniyordu ancak büyük ölçekte kredi ticari krediye uygun değildi ve ... barbarların çağının ekonomisi hem nakitten hem de krediden yoksundu bu nedenle de zeminden kopamamıştı. İzleyen dönemdeki yükselme sadece yoğun nakit girdisi sayesinde değil aynı zamanda kredi kullanan insanların yakın iş birliği ile de körüklenmişti. Bu, onuncu ve on ikinci yüzyıllarda gümüş madenlerinin faaliyete başladığı Almanya'da değil fakat tarımsal kapitalizmle tacirlerin arasındaki boşluğun daraldığı ve kredinin küçük miktarlardaki nakit yatırımların eş zamanlı olarak birden fazla yerde işletilebildiği İtalya'da gerçekleşmişti".[35]

Kredi uygulamaları sadece İtalya'da değil Avrupa'nın tamamında çeşitli biçimlerde yayılmıştı. Ciro edilebilir senetlerle ve diğer kredi araçlarıyla alıcılarla satıcılar arasındaki kredilerin büyümesine ek olarak alıcılar da gelecekte teslim edilecek ürünler için satıcılara verdikleri kredileri, satıcının temin edeceği veya yeniden satabileceği çeşitli sözleşmelerle artırmıştı. Bir kere daha belirtilmelidir ki böylesi sözleşmeler, sadece gelişmiş piyasaların varlığına değil fakat aynı zamanda piyasayı oluşturacak olan topluluğun geleceğine ve ticari faaliyetlerde değerlenen bir faktör olarak zaman kavramına güven duyulmasını gerektirmiştir.

[35] Lopez, *Commercial Revolution*, s. 72.

Satıcının ya da üçüncü kişinin (örneğin banker) alıcıya kredi vermesi, alıcının satıcıya kredi vermesinden daha yaygındı ve sonuçta ödünç verenin, kusura karşı korunduğu araçlar geliştirilmişti. Bu araçların en önemlisi taşınır malların rehniydi. Böylece kredi veren ürünleri bir tür güvence faizi olarak tutardı ki, ürünler, ödeme yapılana kadar yeniden satılamasın ya da başka türlü tasfiye edilemesin. Eğer ürün bedeli ödenmezse, kredi veren borca karşılık ürünleri elinde tutabilir ya da satabilirdi. Ne Roma hukukunda ne de Cermen hukukunda böylesi karmaşık bir koruma mekanizması mevcuttu. Yine birbirine ve gelişmiş merkantilist hukuka bağlı merkantilist bir topluluğun varlığı, taşınır rehninin uygulanabilmesi için gerekliydi. Zira aynı ürünlerin hileli bir biçimde birden fazla kredi verene rehin verilmesi tehlikesi mevcuttu. Bu tehlike pek çok Avrupa şehrinde taşınır rehninin kamu kurumlarında tescil edilmesiyle bertaraf edilmiştir. Böylece muhtemel kredi verenler, ürünler üzerinde başkaca herhangi bir rehnin olup olmadığını öğrenebilmiştir.[36]

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda geliştirilen ticari kredi sisteminde, bir yandan kredi verenlerin çıkarlarını güvence altına alan öte yandan ise borçluları iflasa sürüklemeyen bir iflas hukuku gerekliydi. Cermen hukuku borcunu ödemeyen borçlulara karşı özellikle sertti; kredi veren, borçlunun her şeyini alabilir hatta gidip borçlunun evinde yaşayabilir, hizmetkârlarını istismar edebilir ve mahsullerini tüketebilirdi. Öte yandan Iustinianus'un Roma hukuku ise borcunu ifa etmeyen borçlulara karşı çok insaflıydı ve kredi vereni tamamıyla korumasız bırakıyordu. On ikinci yüzyıldan sonra Batı iflas hukuku bu iki aşırı uç arasında bir denge kurmuştur. Borçlunun sorumluluğunun sınırlanmasına izin vermiş ve aynı zamanda güvenilir kredi verenleri tercih etmiştir. Levin Goldschmidt'in sözleriyle dönemin iflas hukuku "Avrupa hukukunun gelişiminde orijinal ve gayet etkili bir aşama oluşturmuştur".[37]

İşletme türleri, ortaklıklar. Deniz-aşırı ülkelere uzun-mesafeli ticaretle, daha az sıklıkla da kara ticaretinde sermayenin hareketlendiği yeni ticari anlaşmalar, *commenda,* İtalya, İngiltere ve Avrupa'nın diğer yerlerinde on birinci yüzyılın sonlarında yapılmaya başlandı. *Commenda*'nın ilk habercisi Müslümanların seki-

---

[36] Golsdschmidt, *Universalgeschihte,* s. 306.

[37] Ibid., s. 176.

zinci yüzyıldan onuncu yüzyıla kadar Güney İtalya'nın liman kentlerindekiler de dâhil olmak üzere Bizans'taki ticari pratikleri olabilir. *Commenda* muhtemelen Kuzey İtalya ve Alplerin ötesinde on birinci yüzyılda ödünç sözleşmesi olarak başladı ancak hemen genellikle Ortadoğu, Afrika ya da İspanya'ya gidiş-dönüşü kapsayan ticari girişimler için yapılan bir ortaklık anlaşmasına evrildi. Ortaklardan birisi *stans* sermayeyi sağlar fakat evde kalırdı; diğeri ise *tractator* seyahat ederdi. Zorlu ve tehlikeli yolculuğun karşılığında seyahat eden ortak genellikle kârın dörtte birini alırken, parasını riske atan ortak, kalan dörtte üçü alırdı. Lopez'in işaret ettiği üzere "Bu anlaşmalar adaletsiz görünebilir ancak on ikinci ve on üçüncü yüzyılda hayat ucuz, sermaye ise kıttı".[38]

Commenda'nın bir çeşidi de *tractator*'un sermayenin üçte birini, *stans*'ın üçte ikisini koyduğu ve kârı yarı yarıya bölüştükleri *societas maris* (denizcilik ortaklığı) idi.

Lopez, *stans*'ın zorunlu olarak pasif ortak olması gerekmediğine dikkat çekmektedir. *Stans*, "artık deniz-aşırı seyahate çıkmayan ancak hâlâ aktif olarak ticaretle uğraşan ve kimi zaman ortağının geri getirdiği malları satmayı üstlenen yaşlı bir tacir olabilirdi". Bir *commenda*'nın *tractator*'u karşılıklı olarak bir başka *commenda*'nın *stans*'ı olabilirdi. Bu nedenle bu iki tip, yatırımcı ve gezgin olmak üzere iki antagonistik grup olmadığı gibi, sömüren ve sömürülen de değildi. Öte yandan "yatırımcının hiç ticaret tecrübesi olmayan dul ve yetimler, rahip ve rahibeler, kamu görevlisi ve noterler, esnaf ve diğer insanlar olduğu sayısız örnek" vardı.[39]

Commenda ve *societas maris*, ortakların sorumluluklarının başlangıçtaki sermayeleri ile sınırlı olması gibi büyük bir avantaja sahipti. Bu açıdan modern anonim şirket gibiydiler. Üstelik yatırımcılar, riski azaltmak için paralarını tek bir ortaklık yerine birden fazla *commendae* arasında paylaştırabilirdi. Ancak *commenda* modern ticari işletmelerden genellikle hedeflenen ticari seyahat gerçekleştirildikten sonra feshedilen kısa-süreli bir anlaşma olması bakımından ayrılıyordu.

Uzun-süreli kara ticareti, çoğunlukla on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılın başlarında ortaklığın

---

[38] Lopez, *Commercial Revolution*, s. 73.
[39] De Roover, "Organization of Trade", s. 50.

compagnia adı verilen başka bir biçimiyle yürütülmüştür. Bu esasında, aynı aileden olanların, ailenin refahını yükseltmek için birlikte çalıştıkları birliklerdi. Böylesi "ortaklıklar" (*companions*) çoğunca ticaretle meşgul olurdu. Nihayetinde ise yabancılar bu ortaklıklara katılır ve işletme "şirket" (*company*) haline gelirdi. *Commenda*'nın aksine *compagnia*'da sınırlı sorumluluk yoktu. Ortakların her biri, şirketin üçüncü kişilere borçlarından tamamıyla sorumluydu. Ayrıca *compagnia* çeşitli ticari faaliyetleri pek çok yıla yayılan dönemler boyunca sürdürürdü. Muhtelif kentlerde, yeterince büyük, kalıcı ve esnek şubeleri bulunurdu.

Commenda'nın kısa ömürlülüğü de *compagnia*'nın sınırsız sorumluluğu da kendilerini oluşturan sözleşmelerin ilgili hükümlerine yerleştirilmişti. Diğer ticari işletmeleri biçimlendiren başka tipte sözleşmeler de mevcuttu.[40] Ancak *commenda* ile *compagnia* ana sözleşme modelleriydi.

Batı hukuk geleneğinin oluşum döneminin zemininde bulunan iyi niyet ilkesi de bu ilkenin yeni ticaret hukukunun kredi araçlarında özel tezahürü de ortakların kaynaklarını birleştirdiği ve kârı ve zararı paylaştığı *commenda, compagnia* ve diğer ticari ortaklıklarda ifadesini bulmuştur. Bu ticari işletmeler, bir ortağın diğer ortağının verdiği sözü tutacağına duyduğu güvene bağlıydı. Ne var ki gelişmekte olan ticari işletme hukukunda ortaya çıkan bir başka hukuki ilke daha vardı; ortaklığın üyelerinin kolektif kişiliği. Her ne kadar anlaşma temelinde kurulsa da ortaklık, kendi malvarlığı olan, sözleşme yapan, dava eden ve edilebilen bir kişilikti. Ortaklar, ortaklık adına birlikte hareket etmeye yetkiliydi ve ortaklığın borçlarından birlikte sorumluydu. Üstelik yalnız hareket eden ortağın eylemi ortaklığı bağlayabilir ve her bir ortak borçlardan müteselsilen sorumluydu. Hepsi birlikte bir tüzel kişilik (korporasyon) oluşturuyordu; tıpkı bir piskoposluğun ya da bir kilisenin, bir üniversite ya da loncanın tüzel kişilik olduğu gibi. Başka deyişle kişiliği üyelerinden ayrı ama üyelerine bağlı olan aşkın ve ayrılmaz özerk bir kurum, bir topluluk oluşturuyordu.

On ikinci yüzyılın ticari ortaklığı, yani özel bir amaçla kısa süre için kurulan *commenda* modern ticari işletmelere çok benziyordu. Sözcüğün tam anlamıyla "seküler" bir birlikti; tamamıyla çağının ürünüydü. Yine de *commenda* bile bir topluluktu; ortaklar

---

[40] Ibid.

salt temsilci değillerdi. Zira oluşmakta olan bir ticaret hukuku sisteminde bir temsilci, bir ortağın aksine kredilerle teminatları (satış ve kiralamada yapabilse de) örtülü bir ilkeye göre bağlayıcı kılamazdı.[41]

Son olarak yine görünen o ki, merkantilist hukuk bütünlüğünü; yani ilke, kavram, usul ve kurallarının yapısal uyumluluğunu öncelikle merkantilist topluluğun bütünlüğünden ve tutarlılığından alıyordu.

MERKANTİLİST HUKUKUN BÜYÜMESİ

Merkantilist hukukun bütünlüğü ile yapısal birliği, onun organik büyümesi ile yakından bağlantılıydı. Gelişmekte olan bir sistem olarak tasarlanmıştı. Gelişimi sadece oluşum aşamasında değil sonrasında; on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda da hayli hızlıydı. Kanon hukukunun, feodal hukukun, manor hukukunun ve diğer hukuk sistemlerinin gelişiminde olduğu gibi merkantilist hukukun da nesnelliği, normlarının özgünlüğü ile kavramlarının kesinliği zaman içinde arttı. Genelliği ve evrenselliği ile yeknesaklığı giderek yerel farklılıkları örttü; sözleşmeden kaynaklı fırsatlar çoğaldıkça da hakların karşılıklılığı artan bir önem kazandı. Ticari ihtilafların yargılaması giderek düzenlendi ve ticaret hukukunun bütünlüğü gelişti. Başka deyişle Batı hukuk geleneğini oluşturan diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, ticaret hukukunun da zaman içindeki organik büyüme eğilimleri aynı zamanda onun belirleyici özellikleri haline geldi.

Ticaret hukuku sisteminin bilinçli gelişimini, onun gelişiminden sorumlu kurumların varlığı çok kolaylaştırmıştır. Avrupalı yöneticiler, özellikle de önde gelen ticaret kentlerindeki yönetici otoriteler, ticari gelenekleri kodifiye ederek (kanunlaştırarak) merkantilist hukuk sisteminin gelişmesini sağlamıştır. 1056 tarihli *Customs of Genoa the Constitutum,* 1161 tarihli *Usus of Pisa* ve 1216 tarihli *Book of Customs of Milan* bunlara örnek verilebilir. Ticaret hukuku sisteminin gelişimini, fuar mahkemeleri, kent mahkemeleri ve denizcilik mahkemeleri de dâhil olmak üzere merkantilist mahkemelerin kararlarının kayıt altına alınması da kolaylaştırmıştır.

On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılda detaylı bir noterlik sisteminin yaratılması da ticari geleneklerin bilinçli bi-

---

[41] Bkz. W. A. Bewes, *The Romance of the Law Merchant* (London, 1923), ss. 20, 21.

çimde yeni ihtiyaçlara uyarlanmasını kaçınılmaz kılmıştır. Noterler sadece ticari belgeleri kaydetmemiş aynı zamanda sözleşmeleri ve diğer noterlik belgelerini tanzim etmiştir. Noterlerin tanzim ettiği belgeler sözleşmelerdeki yükümlülükler gibi bağlayıcı kabul edilmiştir. Nitekim bir noter, adi senet ya da kıymetli evrak veya diğer ödeme emirlerini hazırlayabilirdi ve noterde hazırlanan belgeler hukuken bağlayıcıydı. Gerçekten de muhtemelen noter onaylı mübadele sözleşmeleri kıymetli evrakın; noter onaylı ödeme vaatleri senetlerin atası gibi görünmektedir. Noterlerin tanzim ettiği belgelerin Güney Avrupa'daki gibi yaygın kullanılmadığı Kuzey Avrupa'da, kayıtlar belediye ve lonca yetkilileri tarafından onaylanıyordu; örneğin *Guildhall of London* (Londra Lonca Teşkilatı) benzeri yetkilere sahipti.

Noter kayıtlarının yanı sıra banka hesap defterleri ile gemi sicil defterleri de kanuni geçerliliğe sahipti ve tacirlerin hesapları muteber delildi. Nitekim ticari faaliyetleri kayıt altına alan geniş bir sistem mevcuttu ve bu sistemin hiç şüphesiz bir yandan değişimi sınırlandırırken öte yandan değişime yol açarak ona yönünü ve sürekliliğini kazandırmıştır.

Büyümeyi sağlayan faktörler ne olursa olsun büyümenin gerçekleştiği kuşku götürmez. Deniz ticaretindeki faiz ile deniz ödüncü, on ikinci yüzyılda deniz-aşırı sevkiyatlarda bir tür dolaylı sigorta olarak kullanılmıştır. Denizcilik sigortası ilk kez on dördüncü yüzyılda ortaya çıkmış ve on beşinci yüzyılla birlikte büyüyen bir iş haline gelmiştir.[42] Yine on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda bankerler, müşterileri için, müstakbel kredi verenlere müşterinin yol açacağı zararı üstleneceklerini temin eden belgeler düzenlemiştir. On beşinci yüzyılda bu belgeler, bankerin belirli satıcılara müşterinin almak istediği belirli ürünler için ödeme yapmayı garantilediği ticari kredi mektuplarına dönüşmüştür.[43] On ikinci yüzyılda ticari sözleşme yapma yetkisi sabık köylülere ve feodal asilzadelere de tanınmış; giderek kadınları ve çocukları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Bunlar sadece değişiklik

---

[42] Bkz. F. Eddler de Roover, "Early Examples of Marine Insurance", *Journal of Economic History*, 5 (1945), 171, 183, 198.

[43] Ne Greko-Romen dünyada ne de Cermen halkları arasında bulunan yeni kredi araçları bulunmuştur, ancak benzerleri Arap dünyasında mevcuttu. Lopez kredi araçlarının gelişimini ve genişlemesini, esasında o dönemde kent komünlerinin ortaya çıkmasına yol açan aynı işbirlikçi ruhun doğal sonucu olarak görmektedir. Bkz. Lopez, *Commercial Revolution*, ss. 71-73.

değil aslında gelişmeydi; öte yandan kendiliğinden bir gelişme değil öteden beridir mevcut hukuki kurum ve fikirlerin yeni koşullara uyarlandığı bilinçli bir gelişmeydi. Uygulama alanları yeni ihtiyaçları karşılayacak biçimde bilinçli olarak genişletilmişti.[44]

Böylece merkantilist hukuk sisteminde, geçmişin, geleceğin gözleri önüne serildiği baştan sona bir başkalaşım süreci; yüzyıllar süren özerk bir büyüme yaşandı. Sadece tacirlerin kendi faaliyetlerini düzenledikleri hukuk kurumunun birliğine dair değil fakat aynı zamanda birbirini izleyen tacir nesillerinin bu hukuku yaşatan ve büyüten sürekli iş birliklerine dair bir yanılsama mevcuttu.

[44] Golsdschmidt, *Universalgeschihte*, s. 36. Goldschmidt, hukuki işlem türlerinin, hukukun kendisi gibi "gelişmenin çifte kanununa" tabi olduğunu ileri sürmektedir; "(ayrışmanın) ortaya çıkış kanunu" ve "sadeleştirme kanunu". İkinci kanunla kastettiği kavramsal sadeleşme ya da genellemenin artışı olsa gerek. Ancak bu kanun şüpheli görünür, özellikle de ticari ilişkilere uygulandığında. Zira ticari işlemler sadece daha da karmaşık hale gelmemiş (kısmen ayrışmalar nedeniyle) fakat aynı zamanda kavramsal bütünleşmeye de giderek daha az yatkın hale gelmiştir.

12 | Kent Hukuku

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda, Kuzey İtalya, Flamanya, Normandiya, İngiltere, Alman dükalıkları, Castille ve Aragon ile Avrupa'nın diğer yerlerinde, birkaç bin yeni kent ve kasaba ortaya çıkmıştır. Gerçekten de yeni kasaba ve kentler daha geniş teritoryalardan evvel kurulmuştur ve bazı bakımlardan kent toplulukları birbirleri ile bağlı oldukları ülkelerle olduğundan daha fazla ortaklaşmışlardır. Zira her ne kadar karakterleri farklı olsa da her biri kent topluluğu olma bilincine sahipti ve hepsinin benzer hukuki kurumları vardı. Hepsi kent hukuku sistemine göre yönetiliyordu.

Bunlar elbette dünya tarihinin ilk kentleri değildi. Yine de daha öncesinde bir benzerleri bulunmamaktadır. İ.Ö. 1. yüzyıldan İ.S. 4. ve 5. yüzyıllara kadar olan dönemde Roma İmparatorluğu'nda, binlerce kent kurulmuştu ancak bunlar esas olarak Roma'nın idari denetim merkezleriydi ve imparatorluğun memurları tarafından yönetiliyordu. Eksi Yunan kentleri ise aksine kendisine yeten, bağımsız kent-devletleriydi. Avrupa'da on birinci ve on ikinci yüzyıllarda ortaya çıkan kentler ise, Roma ve Yunan kentlerinden farklı olarak ne merkezî bir otoritenin idari merkeziydi ne de bağımsız cumhuriyet; ikisinin arasında bir yerdeydi.

Batı Roma İmparatorluğu nihayet beşinci yüzyılda Cermen istilacılar tarafından yıkıldıktan sonra Batı'daki neredeyse bütün Roma kentleri hızla çöktü ve dokuzuncu yüzyılda âdeta ortadan kayboldu. Kuzey İtalya'da bile durum buydu. Ancak büyük ölçüde güçlü bir Arap etkisinin olduğu Bizans'ta kalan Napoli, Salerno, Bari, Siraküza, Palermo ve diğer Roma kentleri ayakta kaldı. Ayrıca, Adriyatik kıyısında Venedik ve Durres (Durrazo) gibi Güney İtalya'nın bazı önemli liman kentleri ile daha sonra Fransa ve İspanya olacak Akdeniz kıyısı limanları ayakta kaldı. Köln, Milano ve Londra gibi ülke içi ticari merkezler de varlığını sürdürdü ancak bunlar özünde müstahkem yerlerdeki ticari yerleşimlerdi.

Nadir birkaç istisna dışında Roma şehri de dâhil olmak üzere, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda eski Roma kentlerinin yakınlarında ya da üzerinde kurulan modern Avrupa kentleri ile eskilerinin arasında hiçbir politik bir süreklilik yoktu. Elbette piskoposluk merkezi (diyakozların yönetim yerlerinin bulunduğu) olan kentlerde kilise otoritesinin sürekliliği mevcuttu ancak onlar dahi büyük metropolitanlardan küçük kasabalara gerilemiş, büyük ölçüde kırsalla bütünleşmişti. Her ne kadar piskoposluk merkezleri "*civitas*" ("kent") adını taşımaya devam etse de diğer şehirlerin hepsi ya istihkâmlarına göre (*bourg, borough* veya *burgus;* keza *castellum, castrum, opidum, urbs, municpium*) ya da nadiren ticaret merkezlerine göre (*portus, port* veya *wik*) değişik isimler almışlardır. 1000 yılında Venedik'in batısında ya da Palermo'nun kuzeyinde, birkaç bin nüfuslu çok az yerleşim yeri bulunuyordu (Bkz. Harita 1).

Ancak 1000 yılındaki Batı Avrupa kentlerini ve kasabalarını, takip eden iki yüzyılda beliren modern kent ve kasabalardan keskin biçimde ayıran ne onların küçük olmaları ne de az nüfuslu olmalarıydı (bundan sonra bu iki özellik birbirinin yerine kullanılacaktı). Onları ayıran daha ziyade bir yandan görece belirsiz toplumsal ve ekonomik karakterleri; öte yandan belirsiz siyasi ve hukuki karakterleriydi. 1000 yılından önceki kasabalar, toplumsal ve ekonomik olarak çoğunlukla tarımla uğraşanların yaşadıkları yerlerdi. Kasabalardaki ticaret merkezlerinde yaşayan tacirler de vardı; tacirler genellikle kale duvarlarının ya da surlarının hemen dışında yaşardı. Kasabalarda kalenin içinde yaşayan şövalyeler ve soylular da bulunurdu ancak bu sınıflar genellikle kasaba nüfusunda azınlıktı; esnaflar ve zanaatkârlar ise küçük bir kesimi oluşturuyordu. Esas itibarıyla bir kasaba, içinde tacir ve asker ailelerinin de yaşadığı büyük bir köydü. Siyasi ve hukuki olarak da kasaba bağımsız bir birim değildi ve sakinlerinin, onları kırsaldaki ayırt edecek ne özel bir statüleri ne de ayrıcalıkları vardı. Tesadüfen teritoryal olarak bir *hundred* (yüzlük), manor (malikane), piskoposluk, manastır ya da başkaca bir siyasi birlik olmadığı sürece bir kasabanın kendi idari ve adli aygıtı bulunmazdı. Hukuki statüsü bakımından ise sakinleri yurttaş değil şövalye, özgür köylü, serf, köle, ruhban ve tacirdi. Eğer bir arazileri varsa kasabanın dışında hâkim olan arazi kirası ile aynı sisteme tabiydiler. Henri Pirenne'nin vurguladığı gibi, on birinci yüzyıldan önce Avrupa'daki kasabalar modern Batılı bir kentin

sahip olduğu iki temel nitelikten yoksundu; orta sınıf nüfusu ile belediye örgütü. Pirene, eğer "kent" ile kastedilen tarımla değil ticaretle (buna "endüstri"yi de eklemeliydi) uğraşan bir nüfusu olan ya da hukuki bir varlığı ile kendine özgü yasaları ve kurumları olan bir topluluk ise 1000 yılında Batı Avrupa'da hiç kent olmadığını belirtmektedir.[1]

Modern Kentin Yükselişinin Sebepleri

Modern kentin yükselişinde ekonomik, toplumsal, siyasi, dinî ve hukuki pek çok faktör rol oynamıştır.

EKONOMİK FAKTÖRLER

Pirenne, on birinci ve on ikinci yüzyıllarda modern Avrupa kentinin ortaya çıkışını öncelikle ticaretin canlanmasına dayandırmaktadır. Pirenne, on birinci yüzyılda kalenin ya da piskoposluk sarayının yahut manastırın çeperinde *faubourg* ("*suburb*" ["banliyö"]) bulunan pazaryerinin merkezi yutmaya başladığı olgusunu vurgulamaktadır. Yeni kasaba ya da kentin çekirdeği bu banliyödür. Pirenne Avrupa'nın tamamında on birinci ve on ikinci yüzyıllarda binlerce yeni kasabanın kuruluşunun yeni tacir sınıfının baskısının sonucu olduğunu ortaya koymaktadır. Daha sonraki bilim insanları ise bu açıklamayı, yerinde bir biçimde, dönemin pek çok kent ve kasabasının nüfusunun ezici çoğunluğunun (muhtemelen beşte dördünün) tacirlerden değil üreticilerden oluştuğunu ve bu üreticilerin -esasen esnaf ve zanaatkârların- on birinci yüzyılda tarımsal üretimdeki hızlı artış nedeniyle tarımdan kopan nüfus olduğunu görmezden gelmekle eleştirmiştir. Kırsalın yükselen refahı, kente gıda ve hammadde sağlamanın ve kentte üretilenlerin pazarlanmasının asli ön koşuluydu. Bu nedenle, modern kentlerin ortaya çıkışının ekonomik sebepleri sadece ticaretin büyümesi ve tacir sınıfının yükselişinde değil; aynı zamanda tarımdaki gelişme ile esnaf ve zanaatkârlar ile diğer endüstriyel üreticilerin yükselişinde de aranmalıdır.[2] Kentler yeni bir üretim biçimini olduğu kadar yeni bir dağıtım biçimini de yaratmıştır.

---

[1] Henry Pirenne, *Medieval Cities: Their Origin and the Revival of Trade,* trans. Frank D. Halsey (Princeton N.J., 1925), s. 56.

[2] Bkz. Lewis Munford, *The City in History: Its Origins, Its Transformation, and Its Prospects* (New York, 1961), s. 253.

TOPLUMSAL FAKTÖRLER

Kentleşmenin daha geniş olan toplumsal sebepleri ekonomik sebepleriyle yakından ilişkiliydi. On birinci ve on ikinci yüzyıllar, dışarıya ve yukarıya yönelen büyük bir toplumsal hareketliliğin çağıydı. Manorlardan azat edilmiş serfler, özgür köylüler ve alt seviyedeki soylular, hayatın hızlanan nabzının ve genişlemesinin, hayatın ritminin artışının, yeni fırsat arayışlarının bir parçasıydı. On birinci ve on ikinci yüzyılın toplumsal faktörleri, Robert Lopez'in "ticaret devrimi" dediği -ancak "endüstri" devrimi olarak da adlandırılabilecek- şeyin sadece sonucu değil aynı zamanda sebebiydi. Lopez'in sözleriyle "sürekli olarak yeni fırsatlar...[ile] sınıf atlama [vardı]... Çıraklar usta olmuştu, başarılı zanaatkârlar girişimci; yeni-insan ticaret sayesinde ve faiziyle ödünç vererek servet kazanıyordu... Genişleme memleketten daimî göçle teşvik ediliyordu... Bütün köyler tüm nüfuslarını, köylüleri ve toprak sahiplerini yakınlarındaki şehirlere kaptırmıştı".[3] Her ne kadar Avrupa'nın pek çok şehrinde, toplumsal ve ekonomik güç gibi siyasi güç de giderek görece küçük bir grup olan zengin tacirlerin elinde toplanmış olsa da kentin kavramsal olarak sosyoekonomik hiyerarşide üst basamaklara tırmanma fırsatını sunan mekân olması, kentin karakteri üzerinde süregiden bir etkiye sahip olmuştur. On birinci, on ikinci yüzyıllar ile sonrasının Kuzey Avrupa kentlerinde ve kimi Akdeniz kentlerinde; 1000 yılından önceki eski Yunan kentleri ile Roma İmparatorluğu şehirlerinin aksine köleliğe nadiren rastlanması dikkate değerdir.

SİYASİ FAKTÖRLER

İmparatorlar, krallar, dükler ve (alt seviyedeki) yönetici senyörler de papalarla piskoposlar gibi hem askerî korunmayı hem de zenginliklerini kırsaldan gelen göçmenlere -öncelikle köylülere ve alt seviyedeki soylulara- şehirlere erişim imtiyaz vererek artırabilmişlerdir.

Bu tür şehirler, genellikle sakinlerine silahlanma hakkını ve yetkisini tanıdığı için, askerî açıdan kalelerden daha etkiliydi. Yüzyıllar boyunca köylülerin askerî bir hakları ya da görevleri yoktu (her ne kadar özel koşullarda askere alınabilseler de); şö-

---

[3] Robert S. Lopez, "The Trade of Medieval Europe: The South", in *Cambridge Economic History of Europe*, ed. M.M. Postan, E.E. Rich and Edward Miller, II (Cambridge, 1963), 297-298. Ayrıca bkz. *The Birth of Europe* (New York, 1967), ss. 260-62.

valyeler ise askerî hizmet sunabilmek için ödeme yapmak zorundaydı. Şehrin askerî ihtiyacının karşılanması gerekiyordu elbette ama şehrin savunmasında genel askerî hizmete tabiydiler. Pek çok yerde kabile ve köylerin Cermenlerin dönemindeki halk orduları ortadan kaybolmuştu ve feodal ordular istikrarsızdı. On ikinci yüzyılın feodal monarkları, dükleri, kontları ve diğer büyük lordları, topraklarını savunurken ağırlıkla kentlerin askerî gücüne dayanıyordu. Nitekim 1181 tarihli İngiliz *Assize of Arms* "bütün şehirlilerin ve özgür komünlerin" belli askerlik hizmetlerini yerine getirmelerini öngörüyor,[4] böylece bütün şehirlileri asker ve bütün kentleri de askerî üniteler haline getiriyordu.

Yeni kentler ve kasabalar, toprağa bağlı yöneticilere askerî destek sunmanın yanı sıra onların ekonomik kaynaklarını da pazar vergileri ve geçiş ücretleri ile kiralar ve endüstriyel üretimle de artırmıştır. Bu bağlamda pek çok kasaba ve kentin para basma hakkı -ve şehirdekilerin toprakları için para ödeme yükümlülüğü- takas ekonomisinden önemli ölçüde sapmayı temsil etmektedir. Avrupa'nın saraylı ve feodal yöneticileri, ekonomideki bu dönüşümden ticari ve sınai sınıflarla aynı ölçüde faydalanmıştır.

Elbette, yöneticileri bu tür kasaba ve kentler kurmaya yönelten siyasi saikler, en azından potansiyel olarak daha evvelki yüzyıllarda da mevcuttu. Ancak on birinci ve on ikinci yüzyıllarda bunların hayata geçirilmesi daha uygun hale gelmişti. Avrupa'daki işgaller kesilmişti. Akrabalığın, köyün ve manorun bağlılıkları yerini daha büyük teritoryal bağlılıklara bırakmıştı: krallıklar, prenslikler, dükalıklar. Bu toprakların yöneticileri, siyasi olarak kendi hâkimiyet alanlarındaki yeni siyasi birlikleri tolere edecek ve dikkatlerini yeni birliklere yöneltecek kadar güçlüydü; köylüler ve alt seviyedeki soylular da buralara göç etmeye hazırdı.

Şüphesiz, toplumsal, ekonomik ve siyasi faktörler yeni kasaba ve kentlerin ortaya çıkışında birlikte rol oynadı; bu faktörler olmasaydı, aynı yüzyıllarda Batı Avrupa'da yaklaşık beş bin yeni kasaba ve kentin ortaya çıkması hayal dahi edilemezdi. Yeni şe-

---

[4] "Omnes burgenses et tota communa librerum hominum habeant wanbais et capellet feri et lanceam", Assize of Arms, art. 3, in William Stubbs, ed., *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*, 9. ed. rev. (Oxford, 1951), s. 153. Stubbs'a göre "3. maddede *communa librerum* sözcüğünün kullanımı...Anlaşmanın bütününün siyasi eğilimine ilişkin bir tür ipucu vermektedir".

hirlerin kuruluşu on birinci yüzyılda başladı, on ikinci yüzyılda zirve yaptı ve on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda devam etti.

Yine de tam tersi istikamette işleyen toplumsal, ekonomik ve siyasi faktörler de mevcuttu. Piskoposlar ve keşişler de dâhil olmak üzere feodal lordların, köylülerin göçünü önlemesi çıkarlarına uygundu ve siyasi iktidarlarını yeni kentlere bırakmaya niyetleri yoktu. Benzer biçimde imparatorlar, krallar ve diğer yöneticilerin de çıkardıkları beratlara uyrukları üzerindeki denetimlerini sürdürebilecekleri şartlar koymaları çıkarlarına uygundu. Kentler çoğunlukla bağımsızlıkları için savaşmak zorundaydı ve çoğunlukla da savaşı kaybediyorlardı. Daha önemlisi, köylülerin ve alt seviyedeki soyluların çoğunun köylerini ve manorlarını terk etmeye yatkın oldukları söylenemez. Zira göç etmek geleneksel bağların ve değerlerin yeni ve bilinmeyen bir şey uğruna kaybedilmesi riskini taşıyordu.

Burada tarihsel değişimi açıklayan geleneksel sosyal teorinin kısıtlarıyla karşılaşılır. Temel toplumsal, ekonomik ve siyasi koşulların nihayetinde gerçekleşen değişimi hazırladığını söylemek yeterli değildir. Tek başına koşullar değişimi getirmez; toprağın ve tohumun tek başına mahsul vermeyeceği gibi. Dahası değişimin lehinde görünen koşullar durağanlığı da destekleyebilir. Marksist diyalektik materyalizmin teorisinin değişimin "nihayetinde" galip geleceği postülası bile zamana ve koşullara dair hayati sorulara yanıt veremez. Şüphesiz büyük bir tarihsel değişimin öncelikle *ne zaman* ve *nasıl* meydana geldiği bilinmeden *neden* olduğu bilinemez.

DİNİ VE HUKUKİ FAKTÖRLER

Eğer Avrupa'da modern kasaba ve kentlerin ortaya çıkışının zamanlaması ve koşulları yakından incelenirse; eğer kentleşmenin neden tam olarak daha öncesinde değil ama on birinci ve on ikinci yüzyıllarda gerçekleştiği sorulursa; eğer kentleşme akımının gelişim ve gerçekleşme süreci anlatılmak istenirse; o halde sosyal tarihçi, ekonomi tarihçisi ve siyaset tarihçilerinin çoğunlukla ihmal ettiği iki faktör; dinî faktör ile hukuki faktör dikkate alınmalıdır.

On birinci ve on ikinci yüzyılların yeni kasaba ve kentleri her biri kutsal yeminler de dâhil olmak üzere dinî değerler ve ritüellerle bir arada duran dinî birliklerdi. Bunların pek çoğu yemine

dayalı komünlerdi (*conjurationes* [sihir-büyü], "gizli ittifaklar") ve yine dikkate değer kısmı isyancı örgütlerce kurulmuştu. Tacirlerin kendi inisiyatifleri ile kurduğu komünler, çoğunlukla bir tüccar loncası tarafından yönetilen dinî birliklerdi ve kendilerini hayır işleri ile diğer dinî işlere olduğu kadar ticari faaliyetlerin düzenlenmesine vakfetmişlerdi. İmparatorluk, krallık, dükalık, piskoposluk ya da diğer dinî örgütlerin inisiyatifiyle kurulan komünler de "kardeşlik" olarak tahayyül edilmiştir ve yemin ederek bir araya geliyorlardı.

Kentlerin ve kasabaların dinî karakterlerini vurgulamak, onların kilise birlikleri olduğunu söylemek değildir. Kilise'den tamamen ayrılmışlardır ve bu anlamda Avrupa'nın ilk seküler devletleridir. Bununla birlikte ruhlarını ve karakterlerinin çoğu özelliğini kiliseden almışlardır. Gerçekten de aksi olsaydı şaşırtıcı olurdu zira Papalık Devrimi döneminde ortaya çıkmışlardı.

On birinci ve on ikinci yüzyılın yeni Avrupa kentleri ve kasabaları, her birinin ortak bir kentsel hukuk bilinciyle ve ayırıcı kentsel hukuki kurumlarla bir arada olması bakımından aynı zamanda hukuki birliklerdi. Aslında Avrupa kentlerinin ve kasabalarının çoğu genellikle hukuki bir anlaşmayla; bir beratla vücut bulmuştu, basitçe ortaya çıkmamışlardı, *kurulmuşlardı.* Dahası bu beratlar neredeyse her durumda şehirlilerin "temel" özgürlüklerini belirlemiş ve bunlara genellikle var olan özyönetim hakları da dâhil edilmiştir. Elbette Avrupa'nın yeni kent ve kasabalarının hukuki karakterleri onların dinî karakterleri ile yakından ilişkilidir. Beratlar kutsal yeminlerle onaylanmıştır. Birbiri ardına memurların tayin edilmesiyle yenilenen yeminler; hepsinin ötesinde belediye yasalarını destekleyen ahitlerdi.

Avrupa kentlerinin ortaya çıkışında dinî ve hukuki faktörlerin önemi, Ortadoğu'da dönemin İslam uygarlığı şehirlerinin gelişimi ile mukayese edilerek tasavvur edilebilir. Orada, benzeri ekonomik ve siyasi faktörlere (ticaretin canlanması, küçük-çaplı endüstri, orta sınıf, güçlü merkezî teritoryal yöneticiler) ve Roma İmparatorluğu'ndan kalan pek çok şehrin üzerinde yükselme avantajına rağmen kent kültürü zayıftı.[5] Hem ekonomik hem siyasi olarak İslam şehirleri tüzel bütünlükten ve bağımsız karak-

---

[5] Bkz. Maxime Rodison, *Marxism et Monde Muselman* (Cambridge, Mass., 1972), s. 106. Farklı bir görüş için bkz. Ira M. Lapidus, *Muslim Cities in the Late Middle Ages* (Cambridge, Mass., 1967).

terden yoksundu; özünde kırsalda az çok bütünleşmiş büyük köylerdi. Batı ile karşılaştırıldıklarında hayati fark ise bir yandan İslam şehirlerinin ve kasabalarının hiçbir zaman yeminli birlikler olmaması, dinî loncaların ve kardeşliklerin bulunmamasıydı; öte yandan hiçbir zaman birleşmemeleri, hak ve özgürlük beratları almamalarıydı. Papalık Devrimi'nden sonraki Batı kültürünün aksine İslam, hem reform ve seküler toplumu kurtarma coşkusundan hem de böylesi bir reformun ve kurtuluşun aracı olabilecek çatışan çoklu yönetim ve hukuk sistemlerinden yoksundu.

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda Avrupa kentinin yükselişi, en az papalık devrimi ile ilişkili dinî ve hukuki bilincin dönüşümü kadar, yine papalık devrimi ile ilişkili olan ticari-sınai ve askerî-siyasi dönüşüm sebebiyledir. Kentleşmeyi daha evvel değil, o dönemde ve başka yerde değil, orada mümkün kılan; komünler ve diğer kardeşlik örgütleri, kolektif yeminler, tüzel kişilik, özgürlük beratları, rasyonel ve nesnel yargılama usulleri, hakların eşitliği, yasa yapmaya katılım, temsili hükümet ve aslında bizatihi devletle ilgili yeni dinî ve hukuki kavram, kurum ve uygulamalar ile yeni dinî ve hukuki tutkular ile eylemlerdi. Bu meseleler ise karşılığında Batı hukuk geleneğinin sadece kent hukuku ile değil, belirmekte olan diğer hukuk sistemleri ile de ortaklaşan yapısal niteliği ile ilişkiliydi.

Kentsel bir hukuk bilinci ve kent hukuku sistemi olmasaydı Avrupa kentlerinin ve kasabalarının vücut bulmaları hayal dahi edilemezdi. Ancak vücut bulsalardı bile -yani kentin hukuku oluşturulmadan büyük, yoğun nüfuslu ticari ve sınai merkezler bir şekilde kurulmuş olsaydı bile- muhtemelen antik Roma kentleri gibi olurlardı. Sadece kimi merkezî iktidarların idari ve askerî ileri karakolları olurlardı ya da İslam şehirleri gibi kentler gibi bağımsız, özerk, bütünleşmiş bir kent toplumu olmadan büyük köyler gibi olurlardı. Yahut da başka bir şey olurlardı ama Batılı anlamıyla kent olamazlardı. Öz farkındalığı olan tüzel bir bütün olamazlardı ve Batılı kentlere benzersiz karakterini kazandıran organik gelişme kapasiteleri olmazdı.

Batı Avrupa'daki Kentlerin ve Kasabaların Kökenleri

On dördüncü yüzyılın ilk on yıllarında -1348-1350 arasında kent nüfusunun en az üçte birini, muhtemelen yarısından fazlasını öldüren Kara Ölüm'den önce (veba)- yaklaşık altmış milyon olan toplam Batı Avrupalı nüfusunun belki altı milyonu kentler-

de ve kasabalarda yaşıyordu. Tarihin bu dönemine dair kesin verilere ulaşmak imkânsız olsa da on ikinci yüzyılın sonlarında toplamda kırk milyon olan nüfusun yaklaşık dört milyonunun şehir-sakini olduğunu tespit etmeye yetecek yeterince kanıt bulunmaktadır. On dördüncü yüzyılın başlarında dört şehrin her birinin nüfusu -Venedik, Floransa, Palermo ve Paris- kimi uzmanlara göre 100 binin üzerindedir. Beş diğer şehrin her birinin nüfusu -Milano, Ceneviz, Barselona, Köln ve Londra- yaklaşık 50 bindir. Daha geniş bir kasaba grubunun -Bologna, Padova, Gent, Brugge, Strasbourg, Nürnberg, Lübek ve Hamburg- nüfusları ise kimi uzmanlara göre 20 bin ile 40 bin arasındadır. Daha da geniş bir grup olan kasabaların -York, Bristol, Ypres, Antwerp, Augsburg, Frankfurt, Zürih, Basel ve diğerleri- nüfusunun 6 bin ilâ 20 bin olduğu düşünülmektedir.[6] Diğer tahminler daha yüksektir. Kimi uzmanlar Milano ve Venedik'in nüfusunun 20 bin; Ceneviz ve Napoli'nin (Floransa, Palermo ve Paris'in de) nüfusunun yaklaşık 100 bin olduğunu söylemektedir.[7] Bir başka yazar ise on ikinci yüzyılın sonunda 100 bin olan Paris nüfusunun on üçüncü yüzyılın sonunda 240 bin olduğunu ileri sürmektedir.[8] O halde elbette yelpazenin diğer ucunda nüfusu altı binin altında, hatta kimilerinin nüfusu birkaç yüz olan binlerce kasaba mevcuttu (Bkz. Harita 3).

Kentler ve kasabalar çeşitli büyüklüklerdeydi; hayli farklı biçimlerde ve hayli farklı nedenlerle ortaya çıkmış ve gelişmişti. Yine de onları kent ve kasaba kılan kimi ortak örüntüleri vardı; tıpkı yirminci yüzyılın farklı ulus-devletlerini nihayetinde ulus-devlet yapan ortak örüntülerinin olması gibi.

Bu ortak örüntüleri keşfetmenin en iyi yolu, Fransa'dan başlayarak Normandiya'ya, oradan Flamanya'ya, Cermen dükalıklarına, İngiltere'ye ve nihayetinde İtalya'ya uzanarak Batı Avrupa'daki çeşitli kent ve kasabaların kökenlerini ve gelişmelerini anlatmaktır.

---

[6] Bkz. Norman J. G. Pounds, *An Historical Geography of Europe, 450 B.C.-1130 A.D.* (Cambridge, 1973); J. C. Russell, *Late Ancient and Medieval Population, Transactions of the American Philosophical Society,* vol. 48, pt. 3 (Philadelphia, 1958), ss. 60-62; Lopez, *Birth of Europe,* ss. 258-270; Lopez, "Trade of Medieval Europe", ss. 293-304.
[7] Lopez, "Trade of Medieval Europe", s. 303.
[8] Mumford, *City in History,* s. 260.

PICARDY (FRANSA): CAMBRAI, BEAUVAıS, LAON

Macarlar ve Normanlar, Pigardy'deki (bugün Fransa'nın kuzey ucu) Camaracum adlı eski Roma şehrinin bir yerleşim yeri olan Cambrai'yi istila etmişlerdi. Onuncu yüzyıl gibi Cambrai, bir tacir grubunun da tahta çitlerle çevrili bir bölgelerinin bulunduğu (*fauborg*) küçük bir piskoposluk şehri *civitas* haline geldi. 1070'lerde banliyödeki tacir grubu bölgelerinin etrafının taşla örülmesini şart koşacak kadar güçlenmiş ve bunu yapabilecek kadar zenginleşmişti.

1075 yılında Papa VII. Gregorius, kilisenin hukuki ve siyasi birliği ile imparatorluktan bağımsızlığını ilan ettikten sonra, Cambrai nüfusu papacı bir rahip ve zengin tacirler öncülüğünde imparatorluğa başkaldırdı ve "komünleri üzerine ant içti". Bu isyan çabucak bastırıldı ama iki yıl sonra, yeni piskopos imparatorluktan atanma yetkisini almak üzere diyakozundan ayrıldığında çıkan ikinci isyan başarılı oldu. Bir kere daha Gregoryen bir rahibin ve en zengin tacirlerin liderliğindeki şehirliler, komüne bağlılıkları üzerine yemin ettiler ve komünlerini piskoposluğun eski hale getirme çabalarına karşı savunmayı taahhüt ettiler. 1106 yılında imparator komünü bastırmak için bir müdahalede daha bulundu. Cambrai ancak 1122 yılındaki Atanma Mücadelesi'nin sonunda, bugüne ulaşan en son baskısı 1184 tarihli olan modern özgürlük beratını aldı.[9]

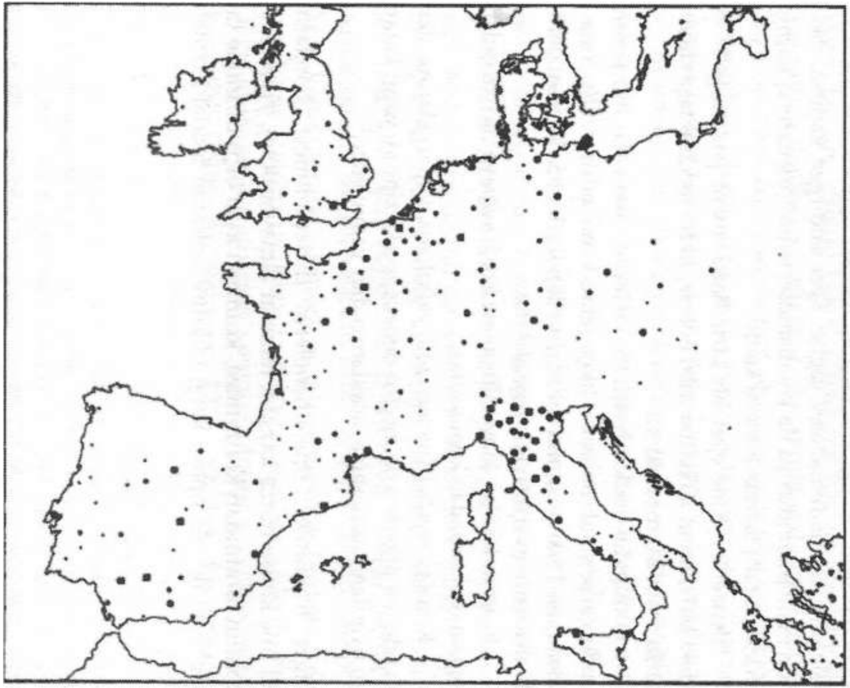
Picardy'nin Fransa'nın kuzeyindeki diğer piskoposluk şehirleri, Cambrai'yi izledi ve on birinci yüzyılın sonları ile on ikinci yüzyılın başlarında imparatorluğun otoritesine başkaldırarak kendi yeminli komünlerini kurdu. Cambrai örneğinde olduğu gibi, yetkilerini imparatordan alan piskoposlar, çoğunlukla (her zaman değilse de) desteklediği komünlere karşı olmuştur; buna karşılık papalık çoğunlukla komünleri desteklemiştir.[10] Bu, sadece kuzey Fransa'da değil, Cambrai benzeri kent ayaklanmalarının olduğu her yerde, Hollanda ve Kuzey İtalya'da da yaşanmıştır.

Yine Picardy'de bulunan Beauvais, on ikinci yüzyılda güçlü özerk yönetim yetkilerini ve kentsoylulara (*bourgeois* [burjuva]) kapsamlı ayrıcalıklar tanıyan bir berat aldığı için özel bir önemi

---

[9] Bkz. Wilhelm Reinecke, *Gesischte der Stadts Cambrai bis zur Erteiling der Lex Codefridi (1227)* (Marburg, 1876).

[10] Bkz. Albert Vermeesh, *Essai sur les origines et la signification de la commune dans de le nord de la France (onziéme et douziéeme siécles)* (Haule, Belgium, 1966).



■ 40 000'in üzerinde sakini olan şehirler

● 20 000'in üzerinde sakini olan şehirler

• 10 000'in üzerinde sakini olan şehirler

· Nüfusu birkaç bin olan kasabalar

Harita 3: Takriben 1250'de Batı Avrupa şehir ve kasabaları

haizdir. Beauvais'de yeminli bir komün, burjuvazi ile birbirini izleyen piskoposlar arasında kırk yıl süren sert çatışmadan sonra; on birinci yüzyılın son yıllarında kuruldu. Nihayet Kral VI. Louis (1108-1137) komünün otoritesini tanıyan bir berat verdi, bu berat 1144 yılında VII. Louis tarafından ve kimi eklemelerle birlikte 1182 yılında Philip Augustus tarafından da onaylandı. Beratın on yedi maddesi şu hükümleri içermektedir:

- Şehrin surlarının içindeki ve dışındaki herkes [her erkek] komüne yemin eder.
- Her biri, diğerlerine haklı olduğunu düşündüğünde yardım eder.
- Eğer komüne yeminle bağlı birinin hakları ihlal edilir ve zarar görürse ve iddia komün meclisinin önüne gelirse, meclis, eğer saldırgan meclisin verdiği hükme göre hareket etmezse saldırgan ya da malvarlığı üzerinden adaleti sağlar. Eğer saldırgan kaçarsa, meclis onun malvarlığından ya da kendisinden yahut [yanlarına] kaçtığı kişilerden [zararı] tazmin etmeye katılır.
- Benzer biçimde eğer bir tacir Baeuvais'ye pazara gelir ve şehirdeki birisi onun haklarını ihlal ederse, iddia meclise taşındığında meclis onun zararını giderir.
- Komündekilerden birisinin haklarını ihlal eden hiç kimse, hakkında verilen hükme uymadıkça şehre kabul edilmez. Bu kuraldan, Beauvais Piskoposunun şehre getirdiği kişiler söz konusu olduğunda meclisin tavsiyesiyle vazgeçilebilir.
- Komündeki hiç kimse düşmana kredi sağlayamaz ve onlarla meclisin izni olmadan konuşamaz.
- Komün meclisi üyeleri adil yargılama yapacaklarına dair yemin eder ve diğerleri de meclisi denetleyeceklerine ve yargı kararlarının uygulanmasını sağlayacaklarına dair yemin eder.[11]

Diğer hükümler, imalathanelerin düzenlenmesi, borçların tahsili (hiç kimse borca karşılık teminat almayacaktır), yiyeceklerin komün tarafından korunması, kumaşın aynı ölçü birimine tabi tutulması ile piskoposa karşı yükümlü olunan feodal hizmetlere ilişkindir.

---

[11] Bkz. L. H. Labande, *Historie de Bravias et de ses institutions communales jusqu'au commencement du quinziéme siécle* (Paris, 1892), ss. 62, 64; Carl Stephenson, *Borough and Town: A Study of Urban Origins in England* (Cambridge, Mass., 1933), s. 37. VI. Louis'nin verdiği beratın tarihi bilinmemektedir; 1122 olabilir. Komünün kuruluş tarihi de tam olarak bilinmemektedir ancak zaman zaman 1099'da kurulduğu belirtilmektedir.

Berat, komünün yönetim biçimini belirlememiş, sadece meclisin yargı yetkisini kullanmasını ve üyelerinin hak ve özgürlüklerini güvence altına almasını hükme bağlamıştır. Gerçekten Berat, "biz [kral] kabul ediyor ve onaylıyoruz ki, adaleti meclis sağlar" diyen son hükmü hariç bir ya da birkaç on yıl önce düzenlenmiş olana yeni hiçbir şey eklememiştir. Özetle Berat bir emrivakinin tanınmasıdır. Beauvais burjuvazisinin yükselişi -Papalık Devrimi'nin doruğunda-, burjuvazinin kurduğu yeminli komün, daha önce bulunduğu yerin sadece esas dinî lideri değil aynı zamanda feodal lordu olan ve yerel ve aileler arası ilişkilere karışan piskoposun siyasi ve ekonomik yetkilerinin sınırlanması.[12] Her ne kadar Berat'ın kendisi son derece az ve öz olsa da Beauvais'deki senyörlük haklarının sıkı bir biçimde kısıtlanmasını içermektedir.

"Herkes (her erkek)" komüne yemin eder ve onun yargı yetkisine tabidir, hükmü kale duvarlarının ister içinde ister dışında yaşasın ruhbanları ve soyluları kapsamamaktadır. Aslında Avrupa'nın yeni kent toplulukları feodal otoritelerle ve dinî otoritelerle rekabet halindedir. Arka planda bu rekabetin düzene konmasını sağlayanlar krallık otoritesi ile papalık otoritesidir.

Beauvais, dinî otoritenin feodal otorite ile piskopos şahsında birleşmesi hususunda benzersiz olmasa da bir biçimde alışılmamıştır. Bütün soyluların (özgür erkeklerin) katıldığı Beauvais Piskoposu Feodal Mahkemesi, piskoposun feodal lord olarak görevini ikame etmiş; önemli medeni davaları ve ceza davalarını görmüştür. Ancak bütünde bakıldığında piskoposun bu ve benzeri feodal ayrıcalıkları on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda, kısmen Fransız tacının feodal denetime karşı mücadele eden şehirlere verdiği dikkate değer destek nedeniyle düşüşe geçmiştir. Bir başka mesele de piskoposun dinî yargı yetkisiydi. Bu noktada kent komünlerinin, komün yargısı karşısında ruhban dokunulmazlığını azaltma çabaları, kısmen bu hususta sadece papalığın değil krallığın da kilisenin yanında olması nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Philip Augustus'un 1210 yılındaki bir emirnamesi, Fransız kasabalarının *magistrate*'lerinin ruhbanları suçüstü hali dışında tutuklamalarını yasaklamıştır. O zaman dahi ruhbanları belli türdeki davalarda yargılama yetkisini elinde bulunduran ki-

---

[12] Önde gelen toprak sahiplerinden Lancelin de Bulles, piskoposluk *demesne*'sinin çoğunu kendi yararına kullanmış ve oğlu Fulk'u 1089'da piskopos seçtirmeyi başarmıştır. Bkz. Labande, *Histoire de Beauwais,* chap. 4.

liselere teslim etmeleri gerekmekteydi. Son olarak, bizzat kraliyet otoritesine göre komün "yüksek yargı" görevini ifa etmeliydi, yani ağır suçlar üzerinde yetkili; kimi hafif suçlar ile suçlarda temyiz makamı olmalıydı.

Bununla birlikte feodal otoritelerin, kilise otoritelerinin ve kraliyet otoritesinin elindeki bütün bu sınırlamalara rağmen komünün üyeleri üzerinde elle tutulur özerk bir yargı yetkisi ile özerk ve ayrıcı sağlam bir komün hukuku bulunuyordu.[13]

Kuzey ve güney Fransa'daki pek çok yeni komün Avrupa'nın diğer yerlerinde olduğu gibi, kendilerini "barış komünleri" (*communia pro pace)* olarak adlandırıyordu. Bunların arasındaki Beauvais ile Cambrai'ye uzak olmayan Laon, VI. Louis'nin 1128 yılında kenti bir "özgür olan olmayan herkes için bir güvence ve barış sığınağı" olarak bir *Institutio Pacis* ilan ettiği yerdir.[14] Burada da doğrudan politik mesele; piskopos ile şehirliler arasındaki çatışmaydı. Çatışma kısmen piskoposluk otoritesinin mahiyetine ve çatışan kraliyet ve papalık iddialarının piskoposluğa bağlılığına ilişkin kilise bünyesindeki çatışmaydı, kısmense feodal ve kentsel ekonomik ve toplumsal çıkarlar ile değerlerin çatışmasıydı. Erken bir komünün bastırılmasını uzun süren bir kargaşa dönemi izlemişti. Gerçekten de 1122 yılında piskopos öldürüldü. *Institutio Pacis* Atama Mücadelesi'ni sonlandıran 1122 Worms Anlaşması'nın ruhuyla denenmiş bir uzlaşma girişimiydi. Laon Piskoposu'nun üstün yargı yetkisi tanındı ve piskopos yerel yargıçları (*échevins*) atamaya devam etti. Ancak belediye başkanı ile jüri (*juarti, jurés* ya da komün meclisine denk gelen yemin edenler) kentin geleneklerini uygulama ve piskoposun adaleti işe yaramadığında adaleti tesis etmeye yetkisine sahipti. Dışarıdan şehre gelen serflere özgürlük veriliyordu ve yerel lordların serfleri ise pek çok yükümlülükten azat ediliyordu; *mainmorte* ile *formariage kaldırıldı* ve *taille* belli insanlardan alınan sabit ödemeye dönüştürüldü.

Fransa'nın diğer yerlerinde olduğu gibi Picardy'de de zaman kentin özerk yönetiminden yanaydı. Laon gibi Kilise'nin atadıkları, makamlarında kaldığı yerlerde belediyenin *magistrate*'si haline geldi ve on ikinci yüzyılda genellikle jüri tarafından seçilir

---

[13] Ibid.

[14] Stephenson, *Borough and Town*, s. 38. Ayrıca bkz. Charles Petits-Dutailles, *Les Communes françaises* (Paris, 1947).

oldular. Magistrate makamını oluşturacak olan küçük bir grup erkek, her yerde önde gelen şehirliler tarafından aday gösterildi ve bütün halk tarafından seçildi.

FRANSA: LORRIS, MONTAUBAN

VI. Louis'nin, Picardy'nin piskoposluk şehirlerine bahşettiği hayli geniş özgürlükler, Carl Stephenson'ın adlandırmasıyla "temel özgürlükler"le; aynı monarkın Paris bölgesinde ve komşu bölgelerdeki kraliyet *demesne*'lerine konuşlanmış çok sayıda kasabaya bahşettiği özgürlüklerle karşılaştırılabilir. Bu kasabalardan birisi, Orleans yakınlarındaki Lorris, VI. Louis'den benzeri küçük yerler açısından bir örnek teşkil eden ünlü bir berat almıştır. Bu beratla ev ve arazi kiraları sabitlenmiş, *taille ve* diğer bazı vergiler kaldırılmış, askerî yükümlülükler yakın çevrede bir günlük hizmete indirgenmiş, yılda bir kere kralın şarabını Orleans'a taşımak zorunda olan at ve at arabası sahipleri hariç *corvées* kaldırılmış, para cezaları ile cezalar ve geçiş ücretleri, âdetler ile diğer yükümlülükler sınırlandırılmıştır. Berata göre, şehirde bir yıl ve bir gün huzur içinde yaşayan herkes özgürdür ve eski efendisi onun üzerinde hak iddia edemez. Şehirliler mallarını satabilir ve başka yerlere gidebilir. Şehirliler, şehir dışında bir yerde yargılanamazlar. Şehirdeki yargılamalar için pek çok usul hukuku kuralı getirilmiştir. Hiçbir zorunlu kredisi uygulaması söz konusu olamaz, tek istisnası krala ve kraliçeye aldıkları yiyecek karşılığında verilecek olan iki haftalık ödeme zamanıdır.

Stephenson'a göre "Lorris, kesinlikle ikinci derecede özgürlüklerin tanındığı çok küçük bir kasabaydı. Özerk yönetimi yoktu ve bütün siyasi yetkiler kralda ve temsilcilerinde toplanmıştı. Ancak yine de sakinlerinin ayrıcalıklı durumu bariz biçimde belirgindi... Lorrisli ... ekonomik ve hukuki açıdan özgürdü. O keyfi malikâne rejiminin sömürüsünden çoktan kurtulmuştu. Mülkiyeti ve statüsü bakımından tipik burjuvaydı... Normal arazisi bir tarla değil bir arsaydı. Sakinlerinin ayrıcalıkları her yerde en az tacir yerleşimcilerin talep ettikleri kadardı. İzleyen yüzyıllar boyunca Lorris'in bu kadar revaçta olmasının nedeni gelenekleriydi".[15]

---

[15] Stephenson, *Borough and Town*, ss. 29, 30. Ayrıca bkz. Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free* (London, 1973), s. 81; Maurice Prou, *Les coutumes de Lorris et leur propagation aux douziéme et treiziéme siécles* (Lorris, 1884).

Eğer Lorris'in özgürlükleri Beauvois'inkilerden daha "temel" ise, bu kuşkusuz Lorris, kraliyet *demesne*'sinde iken Beauvois'nin kralın vasallarından birisinin arazisinde olmasıydı. Sadece krallar değil aynı zamanda dükler, kontlar ve diğer teritoryal yöneticiler de arazilerindeki kasabalara kira parası alabilecekleri esnaf, zanaatkâr ve tacirlerin yerleşmesini özendirme arzusundaydılar. Ancak aynı zamanda teritoryal yöneticiler, kasabalar üzerindeki teritoryal denetimlerinden vazgeçmeye gönüllü değildi. Bahşedilen özgürlüklerin mahiyeti ve kapsamı gücün ve çıkarın hassas dengesine bağlıydı. Bunun iyi örneklerinden birisi güney Fransa'da Toulouse Kontu Alphonse'un 1144 yılında verdiği özgürlük beratıdır. Kont, daha eski bir kasaba olan Montauriol'e komşu kendi arazisinde bir bölge; yeni bir yerleşim yeri sunmuştur. Kont burada kronik bir sorunla karşılaşmıştı; sorun kasabalılarla duvarları Montauriol'de inşa edilmiş olan manastırın başı arasındaydı. Kont, Montauriol'den insanları çekmek için, sadece daha önce VI. Louis tarafından Lorris'e bahşedilen özgürlüklerin benzerini vermekle kalmamış aynı zamanda "imtiyazlı kasabalılarla" bazı meseleleri müzakere etmeyi de kabul etmiştir. Muhtemelen bu kasabalıların yardımıyla yeni kasaba örgütlenmiş ve finanse edilmiştir. Yüzyılın sonundaysa Montauban, kendi seçtiği yöneticiler tarafından yönetilir olmuştur.[16]

NORMANDİYA: VERNEUIL

On birinci ve on ikinci yüzyıllarda Normandiya kasabaları, özgürlükler, yönetim ve hukuk bakımından Fransız kasabalarından çok farklı değildi. Norman kent beratlarının klasik örneği 1100'den 1135'e kadar İngiltere kralı da olan Normandiya Dükü I. Henry'nin Verneuil'e verdiği berattır. Buna göre, her şehirli (burjuva) yıllık on iki deniye *(denier)* ödeyeceği üç dönüm arazi ve bahçe alacaktır, buraya kaç ev inşa ettiğinin önemi bulunmamaktadır. Ayrıca her burjuva başlangıçta şehirli sayılabilmek için yedi deniye; ilaveten şehrin korunması için yıllık dört deniye tutarında ücret ödeyecektir. Bunlar küçük miktarlardı. Yine berata göre şehirlilerin, bizzat kral emretmedikçe askerî yükümlülükleri olmayacaktır. Bizzat krala hizmet olmadıkça burjuvaya kraliyet işi verilemeyecektir. Bütün geleneksel ithalat vergilerinden üç yıl

---

[16] D. Aine', *Historie de Montauban* (Montauban, 1855); Stephenson, *Borough and Town*, s. 32.

süreyle ve kişisel ihtiyacı olan gıda ve giyecek vergilerinden daimî olarak muaf olacaktır. Kral yerel pazarda, hayvan, şarap, tuz, tahıl, balık, deri ve kumaş da dâhil olmak üzere satış vergisi alabilir. Belirli tutarların ödenmesi koşuluyla şehirliler değirmencilik, fırıncılık, bira ve şarap imalatı yapabilecektir. Adaleti *prévot* sağlamaya devam edecek ama krala bizzat götürülen davalar dışında yargılamalar kasabada yapılacaktır. Stephenson'ın sözleriyle "Detaylı maddelerle belirli davalardaki para cezaları ve cezalar sınırlanmış, borçların tahsili yöntemleri belirlenmiş, savaşa başvurma kısıtlanmış ve kent nüfusunu ilgilendiren düzinelerce yargısal meselede düzenlemeler yapılmıştır".[17]

Zamanla Verneuil kentinin özgürlükleri diğer Norman kentlerine de yayılmıştır.

FLAMANYA: SAINT-OMER, BRUGGE, GENT

On ikinci yüzyılın ortalarında Flamanya, öncelikle tekstil endüstrisi sayesinde Avrupa'nın en önde gelen endüstri bölgesi haline geldi. Brugge ile Gent de kuzey Ceneviz ve Milano'nun en çok büyüyen ticaret kentleri oldu. Her ne kadar Flamanya Kontu, Fransa Kralı'nın vasalı olsa da on birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca Flamanya kraldan hayli bağımsız biçimde yönetildi. Flamanya kentleri siyasi olarak güçlü bir yöneticiye tabi olmalarına rağmen dikkate değer bir bağımsızlık kazandılar - aslında daha ziyade Fransa'daki benzerlerinden daha fazla. Kimi Flaman kentleri devrimci komünler olarak kuruldu ancak çoğu komün statüsünü, özgürlükçü beratlar veren ancak belirli hakları dikkatlice kendisine saklayan Kont'un yüreklendirmesiyle barışçıl biçimde kazandı.

1127 yılında Kont William Clito tarafından verilen Saint-Omer Beratı, Flaman kentlerine daha sonra verilen beratlara model teşkil etti. Beratta, kenttekilerin (*burgher*) dilekçesi üzerine William'ın Saint-Omer'in yasalarını ve geleneklerini onayladığı ve yeminli komünün bağımsızlığını tanıdığı belirtilmiştir. Her şehirlinin *échevin*'lerin yargı yetkisine uygun olarak barış ve adalet içinde yaşamaları güvence altına alınmıştı. *Echevin*'ler "Flamanya topraklarında bir özgürlük en iyi nasıl korunursa öyle koruyacaklar"dı. *Echevin* kasaba sınırları içinde ("forum") doğan ihtilafları çözüme kavuşturacaktır ancak kontun *prévot*'u ve ruh-

---

[17] Stephenson, *Borough and Town*, s. 30, 31.

banlar da belli tipteki ihtilaflarda yargılama yetkisine sahip olacaktır.[18] Berat, şehirlilerin eskiden kalma mera hakları ile yine eskiden kalma Flamanya bölgesini savunma görevi dışında askerî hizmetten muafiyet haklarını kabul etmiştir. Şehirliler başka pek çok feodal vergi ve görevden de muaftır; *chevage, avouéries*, kale garnizonunun zorla aldığı paralar, vergi cezası ve soylu olmayanlardan alınan vergi gibi.[19] Beratla, kasabanın tüccar loncası da tanınmıştır. Loncanın üyeleri muhtelif geçiş ücretlerinden muaf tutulmuş ve kont eğer yapabilirse benzeri hakları Normandiya, İngiltere ve Boulogne'de de güvence altına almayı taahhüt etmiştir. Son olarak Kont William tüccar loncasının menfaatine olacak biçimde kasabalılara, yıllık değeri otuz livre olan kendi darphanesini vermiştir. Bunun anlamı, Saint-Omer'in kendi parasını basması ve para basmaktan kâr elde etmesiydi. Konta ödenecek vergiler de başka bir yerde kullanılan paralarla ödenmek zorunda kalmayacaktı.[20]

Saint-Omer Beratı, şehirlilerin teritoryal yöneticilerinden resmî bağımsızlıkları anlamına gelmemektedir. Kont, kasaba üzerindeki yargı yetkisini elinde tutmuş ve *échevin*'leri şehirliler arasından kendisinin yargıçları olarak görev almak üzere kont seçmiştir. Aslında başlangıçta *échevin*'ler ömür boyu atanıyordu ve bu onlara belli ölçüde bağımsızlık sağlıyordu ancak daha sonra bir yıl için seçilmeye başladıklarında, şehirliler tarafından seçim sistemine göre belirlendiler.

Brugge ve Gent'in de Saint-Omer gibi kendi yeminli komünleri, *échevin* kurulları ve tüccar loncaları bulunuyordu.[21] Elbette Avrupa'nın önde gelen on beş veya yirmi kenti arasında yer alan Brugge ve Gent, Saint-Omer'den büyüktü. Kont Philip (1169-1191), Brugge'e ve diğer Flaman kentlerine, sınırlı özerk yönetimin ve şehirlilerin hak ve özgürlüklerinin hukuki temelini oluşturan ve "*keure*" olarak adlandırılan beratlar verdi.

ALMANYA: KÖLN, FREIBURG, LÜBEK, MAGDEBURG

Aşağı Ren'de gelişen Roma şehri Köln, beşinci yüzyılda

---

[18] Ibid., s. 34.

[19] Ibid., s. 35.

[20] Stephenson, izleyen yılda Saint-Omer'in hakkından feragat ettiğini ancak sonra şehirlilere sabit bit kira üzerinden kendi vergilerini toplama hakkının verildiğini yazmaktadır.

[21] Ibid., 24.

Frankların istilasından sonra birdenbire çökmüştür. Bazı üretim faaliyetleri ile ticari faaliyetler sürmüş, orada bir piskoposluğun ve katedralin olması bu sürekliliğin unsuru olmuştur. Ancak Köln, Romalı anlamda bir şehir olma vasfını yitirmiş ama henüz Avrupalı modern bir kent de olmamıştır. Nehirdeki limanın bir bataklığa dönüşmesine izin verilmiş; cam imalatı kırsala taşınmış, nüfusu büyük bir köyün nüfusuna gerilemiş; esas olarak başpiskoposun elinde olan yönetim Köln'ü çevreleyen bölgeye, Lothringen (Lorraine)'e dâhil olmuştur.[22]

953 yılında İmparator III. Otto küçük erkek kardeşi Bruno'yu Lothringen Dükü ve Köln Başpiskoposu olarak atamıştır. Bruno, tacirlerin bulunduğu banliyöyü şehrin surlarına hapsetmiştir. Bruno ve halefleri onuncu yüzyılın sonunda ve on birinci yüzyılın başında pazarlar kurmuş, kanallar ve bir darphane kurmuştur. 1074'te tacirler ve esnaflar yeterince güçlenerek başpiskoposa karşı ayaklanmışlardır ancak başpiskopos isyanı bastırmak için dışarıdan birlikler getirtebilmiştir. 1106 yılında bir başka ayaklanma baş göstermiş ve bağımsız bir yerel yönetim kurulmasını ve bir kent hukuku sistemini kabul ettirmiştir; ki, buna on ikinci yüzyılda sıklıkla *ius coloniensis* ("Köln Hukuku") nadiren de *ius civilis* ("kentin hukuku") denilerek atıfta bulunulmuştur.

Köln Başpiskoposu, kentin hayatında önemli bir figür olarak varlığını sürdürmüş ve bütün Lothrigen Dükalığı ile aynı zamanda Vestfalya Dükalığı'nın yöneticisi olmaya devam etmiştir. Bununla birlikte başpiskoposun kentteki siyasi ve idari rolü, on ikinci yüzyılda; muhtelif asilzadeler arasından seçilen yöneticiler tarafından ikame edildiğinde hatta belli ölçüde yerine geçildiğinde hayli azalmıştır.

Köln, zaman zaman komün olarak adlandırılan seküler kilise cemaatlerinin (*Sondergemeinden*) özerk yönetim örgütlenmesi ol-

---

[22] Bu başlıkta yer alan bilgiler şu kaynaklardan derlenmiştir: Paul Strait, *Cologne in the Twelft Century* (Gainesville, Fla., 1974); Richard Koebner, *Die Anfange des Gemeinwesens der Stadt Köln* (Berlin, 1922); Thea Buyken and Hermann Condrad, *Die Amtleutebücher der Kölnischen Sondergeminden* (Weimar, 1936); Carl Hegel, *Die Chroniken der deutchen Stadte vom 14. Bi ins 16. Jahrhundert,* vol. 12, *Köln* (1875 repirnt ed., Göttingen, 1968); Elisabeth Rütimeyer, *Stadherr und Stadtbürgerschaft in den rheinischen Bischofsstadten: Ihr Kampf um die Hoheitsrechte im Hochmittlealter* (Stuttgard, 1928); Arnold Stelzmann, *Illustrierte Geschichte der Stadt Köln 3. ed.* (Cologne, 1962); Edith Ennen, *Die europaische Stadt des Mittelalters, 2. ed.* (Göttingen, 1975). Ayrıca bkz. Friedrich Lau, *Entwicklung der Kommunalen Verfassung und Verwaltung der Stadt Köln bis zum Jahre 1396* (Bonn, 1898).

ması bakımından benzersizdi. Bunlar on iki adettir ve her birinin normalde kilise cemaati tarafından (muhtemelen bir yıllığına) seçilen iki *magisrate*'si vardı. Eski, mevcut ve aday *magistrate*'ler, kentin meselelerinde önemli bir tarafı oluşturan bir kardeşlik ya da bir lonca (*Amdeutegenossenschaft*) kurmuştur. Bir kimse cemaatin bölgesinde miras yoluyla bir mülk edinerek, bunu tescil ettirerek ve bir ücret ödeyerek kilise cemaatinin bir üyesi olabilirdi. Üyeler, cemaatin bir üyesinin herhangi bir nedenle itham edilmesi halinde ona yardım etmek ve onu savunmak zorundaydı. Kilise bölgesindeki mülklere ilişkin iddia ve savunmalar yine aynı yerdeki (medeni) hukuk mahkemesine götürülürdü; temyiz makamı kilise bölgesi *magistrate*'lerinin tümünün oluşturduğu lonca meclisiydi. Kilise cemaatine karşı işlenen hafif suçlar, suç ya da saldırı iddialarını soruşturmaları için seçilen *magistrate* loncası komitesinin iddiaları ile birlikte cemaatin ceza mahkemesinde yargılanırdı. Eğer cemaatin bir üyesi hakkındaki suçlamalara cemaatin mahkemesinde cevap vermek istemezse, cemaatten sürülürdü. Cemaatin düzenini bozmaya teşebbüs eden kimse ise şeytanın ve yardakçılarının eşliğinde sonsuz acı çekmeye mahkûm edilirdi.

Arazi devri ile ipoteklerin tescili kilise cemaatinin en önemli işlevlerinin arasında yer almaktaydı. Kilise cemaatinin tescil işlemlerinin usulü, en erken, Heinrich Longus'un bir Gottfried'dan bir ev satın alması örneği ile gösterilmektedir. Buna göre alım satım işlemi "şehirliler ve cemaat *magisrate*'leri ile yargıçlar ve rektörler [bölge papazları] huzurunda" icra edilmiştir. Daha sonra Heinrich, şehirlilerle yargıçlara, devir işlemine ve tesciline tanıklık ettikleri için geleneksel ücretlerini ödemiştir. Tescil işlemi hakkında şüpheye düşenler, yargıçların kayıt defterlerinden gerçeği öğrenebilirlerdi. Son olarak Heinrich şehir meydanına çıkmış, Gottfried'ın oğluna ve varisine, kendisini ve mirasçılarını satıcının herhangi bir iddiasına karşı korumak için şehir müfettişlerinin (*scabini*, *Schoeffen*) huzurunda üç mark vermiştir.

Şehir müfettişlerinin görevleri, devir işlemlerine tanıklık etmek ve onları tescil etmekten fazlasını kapsamaktaydı. Şehir müfettişleri esas olarak ya yüksek mahkemede (*Hochgericht*) profesyonel bir yargıcın başkanlığında onunla beraber ya da küçük davalarda tek başlarına lâik yargıçlar gibi otururdu. Yüksek mahkemede davaları, cemaat mahkemelerinden gelen medeni hukuk davaları ve ceza davaları gibi ilk derece mahkemesi olarak görür-

lerdi. Profesyonel yargıcın uyguladığı yasayı açıklar ve verdiği hükmü bildirirlerdi. Sözcüğün tam anlamıyla kararı "bulurlardı"; örf ve âdet hukukunun bilgi birikimini temsil ettikleri söylenirdi. Eğer bir davada bir müfettiş tek başına karar verdiyse, o kararı diğer müfettişlerin onayına sunardı.

Aynı zamanda aktif olarak görev yapan yaklaşık yirmi beş müfettiş bulunurdu. Ancak eski ve aday müfettişler, tıpkı kilise *magisrate*'leri gibi, "kardeşliğe" (*fratres scabinorum*) dâhil edilir; bir lonca oluştururlardı. Her ne kadar başpiskoposa sadakat yemini etseler de aynı zamanda yasayı bildirmek ve hükmü tarafsız ve adil biçimde tesis edeceklerine dair ettikleri yeminle de bağlıydılar. Dava kayıtlarında başpiskoposun çıkarlarının aleyhine hükümler bulunduğu gibi Köln tacirlerinin çıkarlarının aleyhine de hükümler bulunmaktadır. On ikinci yüzyılda Piskopos'un mabeyincileri aracılığıyla kilise cemaatlerinin bazı üyelerinin başpiskoposun hane halkından (*familia*) olduğu ve bu nedenle başpiskoposluğun tahsil ettiği belirli vergileri ödemeleri gerektiği iddiasıyla açtığı çok sayıda davada, müfettişler mabeyinciler aleyhine kararlar vermiştir. Müfettişlerden söz eden bilinen en eski belgelere göre 1103 yılında, Liége ve Huy tacirlerinin, eski Köln Başpiskoposu'nun tanıdığı imtiyazların kendilerine tanınması için Köln tacirleri aleyhine açtıkları davada, müfettişler yabancı tacirler lehine karar vermiştir.

Müfettişler, yargısal işlevlerinin yanı sıra bir kent konseyinin pek çok yetkisini de kullanmıştır ve bu bağlamda sadece müfettiş (*scabini*) olarak değil genellikle "ekâbir" (*senatores*) olarak da adlandırılmışlardır. On ikinci yüzyıldaki Köln Arşivi *scabini* yahut *senatores*'in şehrin surlarını genişletmeyi planladıklarını ve uyguladıklarını, hayır amacıyla kent topraklarını bağışladıklarını, kasabanın malvarlığını (bir loncadan ziyade şehre ait olan et ve balık tezgâhları gibi) yönettiklerini ve hatta gerektiğinde başpiskoposun onayını almadan diğer şehirlerle tacirlerinin haklarına ilişkin anlaşmalar yaptıklarını göstermektedir.

Cemaat *magisrate*'leri ve *scabini* yahut *senatores*'in yanı sıra, üçüncü bir lonca, sözcük anlamıyla "zenginlerin tavernası" olan *Richerzeche* de Köln şehrini yönetmiştir. *Richerzeche*'nin iki üyesi, belediye başkanı olmak üzere bir yıllığına seçilirdi, bunlardan birisi *scabinus* (müfettiş) olmak zorundaydı. *Richerzeche*, eski, mevcut ve aday belediye başkanlarından oluşurdu. Asli görevi, esnaf loncalarını ve pazarları olduğu gibi tarım ürünleri ile şarap ve bi-

ranın ticaretinin şartlarını (ürün fiyatları da dâhil) düzenlemekti. *Richerzeche* (ya da *Bürgermeister*) üç ana pazaryerinde, düzenlemelere uyulmasını sağlamak için mahkeme kurardı. *Richerzeche*'de *aynı* zamanda cemaat *magistrate*'lerinin hukuk mahkemelerinin kararları da temyiz edilirdi.

Köln yerel yönetimi on ikinci yüzyılda doğrudan asilzadeydi. Bu yönetim üzerindeki tek denetim başpiskopostu, başpiskopos bunun için iki görevli atardı: *Burggraf* (bir tür soylu kent yöneticisi), yüksek mahkemede müfettişlere başkanlık ederdi ve kentin askerî lideriydi, sokaklar ve kamusal mekânlar üzerinde yetkiliydi. Diğeri *Stadtvogt* (bir tür kaymakam) yüksek mahkemedeki genel oturumlara başkanlık ederdi. Aslında bu iki görevlinin ve bizzat başpiskoposun otoritesi, müfettiş loncalarının, cemaat *magisrate*'lerinin ve belediye başkanlarının otoritesine tabi hale gelmişti. Başpiskoposun otoritesi on üçüncü yüzyıl boyunca aşama aşama yeniden canlanmıştır. Ancak daha sonra Köln hukuku, tamamıyla olmasa da bazı bakımlardan kendine özgü karakterini kazandıkça, siyasi iktidarın yapısını değiştirmiştir.

Bilim insanları, Köln'deki yerel yönetimin kökenlerinin asli kaynağının bir barış hareketi mi, devrimci bir komün mü, teritoryal bir topluluk mu yoksa tüccar loncası mı olduğunu tartışmışlardır. Köln yerel yönetimi ve yasasının, tam da Köln'ün siyasi ve hukuki kimliğini oluşturduğu dönemde yaşanan Avrupa'nın büyük dönüşümüyle olan ilişkisine dair daha büyük bir soruya dokunulmazsa, Köln yerel yönetiminin kökenleri bunlardan herhangi birisinde ya da hepsinin bileşiminde olabilir. Şehrin diyakozdan ve kendisini çevreleyen dükalıktan ayrılması, kendi seküler kent kurumlarını oluşturması ve hepsinin ötesinde kendi siyasi ve hukuki tarihini kazanması -yani tarihsel bilincini yahut organik büyüme veya gelişme duygusunu- bizatihi kilisenin dinî ve seküler otorite ayrımını yapmasını ve bunların çoğulluğunu desteklemesini mümkün kılmıştır. Daha da önemlisi, dünyanın hukuk aracılığıyla yeniden düzenlenmesi düşüncesi hem dinî hem de seküler alanlarda rehberlik eden kavram ve yönetim saiki haline gelmiştir. İnsanların zihinlerinde ve duygularında yaşanan bu devrimci değişim, Avrupa'da on birinci ve on ikinci yüzyıllarda siyasi, ekonomik ve toplumsal hayatta meydana gelen devrimci değişikliklerin bir parçasıdır. Özerk kent yönetimlerinin kuruluşu ve yeni hukuku, kent hukuku Köln'de ve diğer yerlerde bu dönüşümün ifadesidir.

Köln, Cermen dükalıklarındaki kasabaların alışılmış oluşum biçimine -Cermen imparator ve prenslerinin berat vermesine, bir istisnaydı. Zaman zaman asi kasabalıları yatıştırmak için böyle beratlar verilirdi. Nitekim Worms halkı, 1073'te piskoposlarına karşı bir *conjuratto* kurmuş, İmparator IV. Henry de özgürlük bahşetmiştir. 1077'de bunu Mainz izlemiştir. Diğer beratlar prensler tarafından verilmiştir. Böylesi bir beratın en eski örneği, boş arazileri kendi kalesine katmak için sözüm ona bir forum düzenleyen Zahringen Dükü Condrad'ın 1120'de Freiburg'a verdiği berattır. Forum esasında komşu bölgelerden davet edilen tacirlerce oluşturulmuştur. Freiburg'un karakterini tam da ismi belirlemiştir. Sakinlerinin özgürlüğü onların, kırsalın bilindik hukukundan muafiyetinde ve tacir komünlerinin özel hukukuna tabi olmalarında yatmaktadır. Berata göre, her şehirli (*burger*) yıllık sadece bir şilin ödeyeceği on beşe otuz metre arsaya sahip olacaktır; dük huzuru temin edecek ve bütün yerleşimcileri koruyacaktır; yerleşimciler arazilerinin serbest satışı ile arazi üzerinde tasarruf hakkı ile birlikte mirasla geçen haklarına sahip olacaktır; yerleşimciler zoraki faaliyetlerden, dükalıktaki geçiş ücretlerinden ve haklı askerî seferler haricinde soylulardan alınan vergi veya yardımlardan muaf tutulacaklardır. Yerleşimciler, mera, orman ve nehri ücretsiz ve ortak kullanacak; sadece merkantilist hukuka, özellikle Kölnlü tacirlerin uyguladığı hukuka tabi olacak ve dük tacirlerin seçmediği hiç kimseyi baş *magistrate* ya da papaz olarak atamayacaktır. Tacirler ve dükalık memurları yerleşimi korumak ve savunmak için yemin etmişler ve dük, bir alkışla kendisini aynı yeminle bağlamıştır. Hemen sonra bir grup seçilmiş *conjuratores fori* ("seçilmişler") yönetimdeki *magistrate* ile birlikte hareket etmiş; on üçüncü yüzyılda ise bunlara konsül denmeye başlamıştır.[23]

Freiburg örneği, Saint-Omer gibi, Pirenne'nin Stephenson'ın da katıldığı; kentlerin kurulmasında tacirlerin öncü bir rol oynadığı yönündeki tezini destekler gibi görünmektedir. Ancak bu kentlerde dahi tacirler iktidarlarını çok geçmeden diğer sınıflarla ve elitlerle yani esnaf loncalarıyla, soylularla, piskoposlarla ve çoğunlukla prensler, krallar ve imparatorlarla paylaşmak zorunda kalmıştır.

---

[23] Stephenson, *Borough and Town*, ss. 33-35. Ayrıca bkz. Franz Beyerle, *Untersuchungen zur Geschichte des aelteren Stadtsrecht von Freiburg im Breisgau* (Heildelberg, 1910), s. 75.

Baltık liman kenti olan Lübek; Vestfalya, Flamanya ve Frizya'dan yerleşimci davet eden Kont II. Adolf tarafından 1143 yılında kurulmuştur. 1158'de kasaba Saksonya'nın Welf Dükü Aslan Henry tarafından ele geçirilmiştir. Henry, bir darphane kurmuş, kanallar açmış ve kasabalılara Soest kasabasından örnek aldığı bir yönetim biçimi de dâhil olmak üzere özel imtiyazlar tanımıştır (Henry, Münih'i ve Braunschweig'i de kurmuştur). İmparator Frederick Barbarossa, 1181 yılında Lübek'i almış ve daha sonra kente bir özgürlük beratı vermiştir. Bu berat, özerk yönetim hakkı ile tacirlerin Saksonya Dükalığındaki bütün geçiş ücretlerinden muaf olmalarını da kapsamaktadır. On dördüncü yüzyılın ortalarında Lübek kuzeyin en zengin kenti haline gelmiştir.[24]

Batı hukuk geleneği bünyesinde bir kent hukukunun doğumunun ve gelişiminin belki de en çarpıcı göstergesi, bir düzineden fazla Alman kentinin yasalarının on ikinci ve on dördüncü yüzyıllar arasında kurulan yüzlerce kent tarafından iktibas edilmiş olmasıdır. Örneğin bu kentlerden kırk üçü Lübek yasalarını, kırk dokuzu Frankfurt yasalarını, dördü Hamburg yasalarını, on dokuzu Freiburg yasalarını, on üçü Munih yasalarını, ikisi Bremen yasalarını, üçü Braunshweig yasalarını iktibas etmiştir. Ancak en önemlisi Elbe Nehri üzerindeki bir kent olan Magdeburg yasalarının seksenden fazla kente yayılmasıdır.[25] Magdeburg Hukuku, orta ve doğu Avrupa'nın yazılı hukukunun hâkim dayanağı olmuştur.

Ne var ki, belirli "hukuk çemberi"nin (*Rechtkreis*) içindeki yeni kentlerin iktibas ettiği hukuk, orijinal Magdeburg hukuku, Lübek hukuku ya da Frankfurt hukuku değildi, daha ziyade iktibas ettikleri zamandaki "anne-kent"in yasalarıydı. Genellikle "(kız) evlat kent"in efendisi söz gelimi Magdeburg hukukunu kabul ederdi. Daha sonra da kentin yöneticileri, o zaman yürürlükte olan Magdeburg yasalarını ya da örneğin kent yönetimi, adaletin tesisi, loncalar, medeni ve ceza hukuk ile ilgili olanlar gibi ihtiyaç duyulan kısımlarını almak üzere, adli memurlarını, müfettişlerini ya da da *Scoeffen*'i Magdeburg'a gönderirdi. Bazı kent-

---

[24] M. V. Clarke, *The Medieval City State: An Essay on Tyranny and Federation in the Late Middle Ages* (London, 1926), ss. 15-16.

[25] Anne kentlerin ve kız-evlatlarının tam listesi için bkz. Hans Reichard, *Die deutchen Stadtrechte des Mittlealters* (Berlin, 1930), ss. 76-79.

ler, yasaları güncellemek için birden fazla kere temsilcilerini yollardı. "(Kız) evlat kent"in mahkemeleri de sıklıkla bireysel davalarını "anne kent"in müfettişlerine tevdi eder ve olaya uygulanabilecek kuralları alırdı. Nitekim orijinal Magdeburg hukukunun ya da Lübek hukukunun yahut başka bir "anne hukuk"un (*Mutterrecht*) organik gelişimi, yansıdıkları genç kentlerin yasalarında ve yargı kararlarında görülebilir.[26]

Magdeburg, yüzyıllar boyunca Slavlarla ticaretin merkezi olmuş; 968 yılında bir başpiskoposluk haline gelmiştir. Daha sonra ise Slavlara saldırıların düzenlendiği önemli bir askerî üsse dönüşmüştür. Ancak Magdeburg 1100'lerin başına dek kendi sürekli idari ve hukuki kurumları ile kentli bilincini geliştirememiştir. 1129 yılında kent halkının tamamı, başpiskoposluğa karşı silahlı bir ayaklanma gerçekleştirmiş; ayaklanma başarıyla bastırılmıştır. Aynı yıl, *maiores civitates* ("önde gelen kentliler") ibaresinin ilk defa bir Magdeburg belgesinde yer aldığı yıldır. 1160'larda "Magdeburg kentinin müfettişlerine ve yargıçlarına" atıfta bulunulmaya başlamıştır. Yine aynı dönemde loncalar önemli bir rol oynamış; 1183'te statüleri onaylanmıştır. Aynı yıl müfettişlerin mahkemesine atıfların ilk kez görüldüğü yıldır. Nihayet 1188'de Başpiskopos Wichmann kent yönetiminde reform yapmış; soya dayalı (kalıtımsal) yöneticiyi (*Burggraf*) ve yöneticinin soya dayalı (kalıtımsal) yardımcısını (*Schultheiss*) muhafaza etmiş ancak on iki kişilik bir konsey kurmuştur. Konsey, hayat boyu atanan on bir müfettiş ile *Schultheiss*'ten oluşmaktadır. Bütün baş-diyakozu yöneten başpiskopos, bütün kent üzerindeki denetimi elinde tutmuş ancak kentin adalet yönetimi, vergilendirme ve benzeri meselelerdeki özerkliğini korumuştur. Müfettişlerin "kürsü"sünde (*Schoeffenbank*) boşalma olduğunda, önde gelen aileler arasından boşta kalan sandalye sayısı kadar atama yapılmıştır.

Başpiskopos Wichmann, 1188'deki reformu ile bağlantılı olarak Magdeburg'un dokuz maddeden oluşan ilk yasasını çıkarmıştır. Bunlar bütün Magdeburg hukukunu ifade etmemektedir;

---

[26] Bu husus çok önemlidir çünkü Magdeburg kentinin neredeyse tamamı 1631 yılında bir yangınla harap olmuş ve arşivi de tümüyle yok olmuştur. Bu nedenle de esasında Magdeburg hukukuna ilişkin edinilen bilgilerin tümüne, bu hukuku iktibas eden diğer kentlerin arşivlerinden ulaşılmıştır. Bkz. Georg Piltz, *Magdeburg: Stadt am Strom* (Dresden, 1954), ss. 52-54; F. A. Wolter, *Geschichte der Stadt Magdeburg von ihrem Ursprung bis aud die Gegenwart*, 3. ed. (Magdeburg, 1901), s. 162.

daha ziyade ihtilaflı bazı ana meselelerin belki de evvelki yargı kararlarına dayanan çözümü gibi görünmektedir. Örneğin, belli davalarda yemin etme usulünün kimi ayrıntıları kaldırılmıştır. Oğlunun birisini öldürmesi ya da yaralaması nedeniyle babanın sorumluluğu; altı güvenilir adamın tanıklığıyla orada olmadığını eğer oradaysa da suça iştirak etmediğini ispatlaması şartıyla kaldırılmıştır. Bu kural babanın dışında kalanları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Bir başka hüküm, yağma, yaralama ya da cinayet suçlarının kentte ya da kent dışında işlenmesi hallerindeki şikâyet süresine ilişkindir. Bir başka madde hac ya da acil bir iş nedeniyle dava açma süresini kaçıran kimselerin davalarını *Burggraf* ya da *Schultheiss* mahkemelerine götürmesine izin vermektedir. 7. maddeye göre bir kentli ile bir yabancı arasındaki bir dava ivedilikle görülmeli, karar verildiği davanın açıldığı gün verilmelidir. 8. madde müfettişin olmaması halinde adaletin *Burggraf* ya da *Schultheiss* tarafından tesis edilmesi şartıyla hem kentli hem de yabancılara ilişkin bütün davalarda müfettiş mahkemelerini yetkilendirmiştir. Nihayet 9. maddeye göre "kent hukukunun zarar görmemesi amacıyla" kent meclisini bağırarak, gereksiz konuşarak ya da kargaşa yaratarak rahatsız edenler "kentliler tarafından başkası da buna cüret edemesin diye şiddetle cezalandırılacaktır".[27]

1188'deki bu dokuz madde, bilindiği kadarıyla Magdeburg'un ilk yazılı kurallar derlemesidir ve bunların varlığı, yazılı olmayan büyük bir kurallar demetinin olduğu sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de Magdeburg'un örf ve âdet hukuku, 1100'lerde başka bazı kent ve kasabalar tarafından resmî olarak iktibas edilmiştir. Magdeburg hukukunun izleyen bir buçuk yüz yıldaki gelişimi Magdeburglu müfettişlerin Breslau'ya (Wroclaw) 1261 ve Görlitz'e 1304 yılında gönderdikleri kurallar demetinin incelenmesiyle görülebilir.

Breslau hukuku Magdeburg hukukunun 64, Görlitz hukukunun ise 140 maddesini içermektedir. Görlitz hukukundaki satış, mülkiyet ve miras gibi belirli alanlar Breslau hukukunda olduğundan daha ayrıntılı ele alınmıştır. Ceza ve ispat hukuku hükümleri de keza daha ayrıntılıdır. Dahası Magdeburg müfettişle-

---

[27] İlk Magdeburg hukukunun Latince dokuz maddesinin yeniden yazımı için bkz. Paul Laband, *Magdeburger Rechtsquellen zum akademischen Gebrauch* (Königsberg, 1869), s. 1-3.

ri (*Schoeffen)* Görlitz'e sadece 64 Breslau hukuku hükmünü ekli ya da yerleştirilmiş diğer maddelerle birlikte orijinal biçimiyle yollamış; daha ziyade eski derlemeleri bilinçli olarak rasyonalize etmiş ve değiştirmiştir. Eski hukukun ayrı hükümleri kimi zaman daha kapsamlı başka bir hükümle birleştirilmiştir. Mekândan kaynaklanan kimi hükümlerse yeniden düzenlenmiştir. Buna rağmen diğer hükümler genişletilmiştir. Nitekim Görlitz hukukunun 8. maddesi, Breslau hukukunun bir kimseyi yaralayan birisinin, yaralının bağırmasından hemen sonra yakalanması halinde uygulanabilecek cezayı düzenleyen 11. maddesini tekrarlayarak başlar. Ancak 8. madde daha sonra bıçakla yaralama ve failin suçüstü yakalanması halinde daha sert önlemlerin alınabileceğini belirtir.[28] Bu orijinal maddenin deneyimler doğrultusunda genişletilmesinin bir örneğidir.

Görlitz hukukunun 140 maddesi ya Breslau hukukundan (takviye olarak) ya da *Sachsenpiegel*'den alınmıştır. *Sachsenpiegel,* Sakson bir hukukçunun 1221 yılında derlediği hukuk kurallarıdır ve kabaca Almanlar'ın *common law*'u olarak adlandırılabilir (Breslau hukukunun 64 maddesinin 10'u da Sachsenpiegel'den alınmıştır). Görlitz hukukunun yirmi beş maddesi tümüyle yenidir; bunların altısı yasa maddelerinin arasına serpilmiş, on dokuzu ise sona yerleştirilmiştir.

Orijinal 1261 tarihli Breslau hukukunun 64 maddesine Magdeburg hukukundan 1283'te alınan 24; 1295'te alınan 23 madde eklenmiştir. Eklenen bu maddelerin çoğu, eski hükümlerin açıklığa kavuşturulması gibi görünmektedir.

Nitekim Magdeburg'dan Breslau ve Görlitz'e olduğu gibi Brandenburg, Silezya, Bohemya, Polonya ve diğer orta ve doğu Avrupa'nın seksenden fazla kentine yayılan hukuk, bilinçli bir evrim geçirmiş, organik olarak büyümüş ya da gelişmiştir. Bunun temel kaynağı Magdeburg müfettişlerinin (*Schoeffen*) söyledikleri "özlü sözleri"dir (*Sprüche*); yani kendilerine gelen davalarda verdikleri hükümlerdir. Müfettişlerin hükümleri (*Schoeffensprüche*) tek tük *ad hoc* kararlar değil, örf ve âdet hukukunun hatırlanan, yazılan, daha sonra da derlenen ve kanun olarak yayınlanan ayrılmaz bir parçasıdır.

---

[28] Eski Almanca ile yazılmış olan 1261 Breslau ve 1304 Görlitz hukukunun yeniden yazımı için bkz. ibid., ss. 14-31 ile bkz. Ernst Theodor Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht: Ein Beitrag zur deutchen Rechtsgeschichte* (Breslau, 1826), ss. 229-323.

Hukukun bilinçli gelişimi, onun sistematik ya da yeknesaklaştırılmış karakteri ile yakından ilişkilidir. Breslau hukuku nihayet on dördüncü yüzyılın ortasında 465 madde ve beş ciltlik bir eser olarak basılmıştır.[29] İlk kitapta, kent konseylerinin seçimi ve kuruluşu, konsey üyelerinin yetki ve görevleri, eylemlerinin açıklığı ve geçerliliği yer almaktadır. İkinci kitap yargıçları ve müfettişleri, onların seçimini, istihkaklarını, yargılama zamanlarını ve mekânlarını, çeşitli mahkemelerdeki (özellikle ceza hukuk ve mirasla ilgili meselelerde) usul, dava giderleri, haciz, uzlaşma, arabuluculuk, düello, mahkemede temsil ve diğer usuli meseleleri de kapsayan yargı örgütünü düzenlemektedir. Üçüncü kitapta şikâyetler; hukuk davaları ile çözülebilecek yaralama ve öldürme fiilleri, zimmet, yalancı tanıklık, tefecilik, dolandırıcılık, sahtecilik, mirasçıların borçtan sorumluluğunu da kapsayan borç, hizmetler için yapılan ödemeler gibi diğer hak ihlallerini kapsayan davalar düzenlenmiştir. Dava çeşitlerine göre ispat biçimleri de özel olarak düzenlenmiştir. Mâli yükümlülükler; menkul rehni, ipotek, yeminli borçlar, icra, kaçan borçlunun tutuklanması ve son olarak yasaya aykırılıklar da üçüncü kitapta düzenlenmiştir. Dördüncü kitapta, aile hukuku, aile mülkünde saklı payı da içeren miras hükümleri (*Erbgut*) yer almaktadır. Dördüncü kitabın birinci bölümünde, evlilik ve miras sözleşmeleri ile birlikte çeyiz, aile reisinin, kadın eşin ve çocukların malvarlığındaki tasarruf hakları; ikinci bölümünde miras hukuku ile vesayet yer alır. Beşinci kitap ise, önemli kimi hukuk kurallarının tamamlanmamış derlemesi ile ilk dört kitaptaki bölümlemelere uymayan kararları içeren 23 maddeden oluşmaktadır.

"Breslau-Magdeburg müfettişlerinin sistematik hukuku" (on dördüncü yüzyılın ortalarında böyle adlandırılmıştır) 1304 tarihli Görlitz hukukundan sadece daha detaylı değil aynı zamanda daha kapsamlıdır -ve daha sistematik- ki, Görlitz hukuku da 1261 tarihli ilk Breslau hukukundan daha detaylı, daha kapsamlı ve daha sistematikti. Her üçü de Magdeburg hukukunun bünyesinde sürekli gelişen hukuk sisteminden alınmıştır. Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, Magdeburg hukukunun Breslau ve Görlitz versiyonları, "anne kentlerin" "kızlarına yayıldığı gibi, diğer yeni kent ve kasabalara yayılmış; böylece yeni kent ve kasabalar

[29] Paul Laband, *Das Magdeburg-Breslauer systematische Schoeffenrecht aus der Mitte des XIV. Jahrhundert* (Berlin, 1863).

Magdeburg hukukunun kız-torunları haline gelmiştir. Gerçekten de Breslau hukuku, bütün Bohemya krallığı hukukunun annesidir.

Magdeburg hukuku, geniş anlamıyla yasanın genel çerçevesi olarak anlaşılan hak, hukuk (*Recht*) ile daha özel anlamıyla konulmuş kural ya da özel usul *Willekor* (Almanca sözcükler "irade" ile "seçim"den gelen) arasında temel bir ayrım yapmıştır. *Recht*, verili toplumsal hayatın doğasının ve Tanrı'nın iradesinin genel ilkeleri ya da yasalarıydı; örf ve âdet hukuku ile doğal hukukun karışımıydı. *Willekor* ise ya sivil otoritelerin çıkardığı bir yasa ya da kararname yahut da onların da kabul ettiği yerel âdetlerdir; kimi zaman sözcük anlamıyla "kentin iradesi" ya da "kentlilerin seçimi" anlamına gelen *buyrkor* (kent hukuku/medeni hukuk) olarak adlandırılmıştır. Hem 1261 tarihli hem de bir yüzyıl sonraki Breslau hukuku aynı ifadeyle başlamaktadır: "*Willekor*'a göre..." Breslau'da Magdeburg hukuku uygulanacaktır. Sonraki düzenlemenin bir başka bölümünde -eski düzenlemede yer almayan bir bölümdür bu- *Recht* ile *buyrkor* arasındaki çıkabilecek muhtemel uyuşmazlık ele alınmıştır. Bu bölüme göre, kent konseyi (*Rat*), kent meclisinde konuşma hakkı verilen bir kimsenin sorunlarını çözme yetkisine sahiptir ve (Magdeburg) müfettişler(i) konuyu "kent hukuku (*buyrkor*) meselesi olarak ele alacaktır, bir hukuk (*Recht*) sorunu olarak değil".

Nitekim konsey üyelerine pozitif hukuku düzenleme yetkisini veren de *Recht*'tir. Örneğin konsey üyelerine ağırlık ve uzunluk ölçülerini belirleme, gıda ve diğer ürünlerin satışını düzenleme, fiyatları belirleme ve yasayı ihlal edenlere uygulanacak cezaları düzenleme yetkisini atfeden *Recht*'tir. Özgün olarak bir kanunu ifade eden modern Alman terimi *Gesetz*, Madeburg hukukunda kullanılmamış ancak kent otoritelerinin düzenleme yapma faaliyetlerine atıfla *gesetz* (yasa yapmak) fiili kullanılmıştır. Örneğin, kent konseyi kent otoritelerinin kararnameleri ile belirlenen (*gesetz*) fiyatlardan daha fazlasına satış yapanları cezalandırma yetkisine sahiptir.

Magdeburg hukukunda eşya hukuku ile ticaret hukukunun önemine yapılan vurgu da Breslau hukukunda yer almaktadır. Buna göre bir kimse perakende dükkânını, kasap dükkânını ya da işletmelerini bir borç karşılığında ipotek edebilir. Böylesi bir işletmesi olan birisi miras bırakabilen ya da varlıklı biri olarak addolunur". Bu kişi mülkünü istediğine satabilir veya üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ayrıca tacirler (hacılar gibi) kent dışın-

dayken dava edilemezler. Mirasçının miras bırakanın borçlarından sorumluluğuna ilişkin hükümlere gelince, bunların Gratianus'un hukukuna aykırı oldukları söylenmiştir. Özetle Magdeburg hukuku hem feodal hukuktan hem de kanon hukukundan farklılaşmıştır.

İNGİLTERE: LONDRA, IPSWICH

Anglo-Sakson İngiltere'de, Avrupa'nın diğer yerlerinde olduğu gibi, modern kentlerin ortaya çıkışı on birinci yüzyılın sonlarının ve on ikinci yüzyılın başlarının bir fenomeniydi. Daha öncesinde Anglo-Sakson kasabası (*borough*), Stephenson'un belirttiği gibi "ayrıcalıklı şehirli topluluğu değildi. Sakinlerinin birörnek şehirli imtiyazı yoktu; gayrimenkulleri üzerinde şehirlilere özgü kullanım hakları yoktu; özerk yönetimleri yoktu. 1066 yılındaki tipik bir *borough* özünde bir yüzyıl önce neyse yine oydu; askerî ve idari bir merkez. Surların içinde yaşayanlar esasında tarım aristokrasisinin üyeleri [ve onlara] bağlı olanlar[dı]. *Borough*'ların daha büyük bölgelerin yönetim merkezleri olabilmeleri dışında yargısal örgütlenmeleri kırsal *hundreds*'tı".[30]

Ancak on birinci yüzyılın üçüncü çeyreğinde -Norman işgalinden sonra- İngiliz kasabalarının nüfusu önemli ölçüde arttı ve karakterleri değişmeye başladı. Avrupa'nın diğer bölgelerinde olduğu gibi, ticaret merkezleri (pazarlar) civardaki müstahkem yerler tarafından yutulmuştur. Artan tarımsal nüfusun önemli bir kısmı *borough*'lara göç etmiştir. İngiliz ekonomisinin 1086'da telif edilen ve *Domesday Book* (Tapu sicili) adlı çarpıcı haritasına göre, 46 *borough* saymaktadır. Bunlardan sadece York'un nüfusu en az yüz bin nüfusludur (anlaşılmaz biçimde Londra ile Winchester sayılmamıştır); Norwich'in ve Lincoln'ün nüfusu beş binin üzerindedir, Oxford, Thetford ve Ipswich'in nüfusu yaklaşık dört bindir. 21 diğer *borough*'nun nüfusları ise bin ilâ üç bindir ve kalan 16 *borough*'da, hatta *hundreds*'ların bulunduğu kimilerinde ise binden az sakin bulunmaktadır. 1100'lerin başında *borough*'ların sayısı ve büyüklükleri dramatik biçimde yükselmiş; on ikinci yüzyılın sonlarında yüzlercesi önemli bir nüfusa sahip olmuştur.[31] Ancak daha önemlisi, neredeyse hepsi özgürlük beratı almıştır ve kendi özgün yönetim biçimleri ile kendi hukuk sis-

---

[30] Stephenson, *Borough and Town*, s. 120.

[31] Ibid., ss. 152, 153, 165, 166.

temleri bulunmaktadır. Stephenson'ın sözleriyle "I. Henry'nin (1100-1135) zamanından itibaren *borough*... bir kasaba gibi görünmektedir... Gayrimenkul hakları (*burgage*) gayrimenkul üzerindeki tasarruflardan [yani kasaba arazisinin devrinden veya miras bırakılmasından] fazlasıydı. Medeni ve hukuki statüydü; bir topluluğa ait olmaya dayalı bir hayat biçimiydi".[32] On ikinci yüzyıl boyunca Anglo-Sakson dönemlerin askerî ve mâli *borough*'ları özünde kraliyet müstahkemleri, siyasi olarak büyük ölçüde kırsaldan ayrışmamıştı ve kendi hukukları, kendi hükümetleri, ortak bilinçleri olan "özgür" topluluklar haline gelmişti.

Londra tarihi, bu gelişimi resmetmektedir. Her ne kadar şehir, İ.S. 1. yüzyıldan 5. yüzyıla kadar Roma lejyonları tarafından işgal edilmiş olsa da, Anglo-Sakson işgalleri nedeniyle kimi yolların ve binaların kalıntıları ile büyük taş duvar dışında Romalılardan çok az şey kalmıştır. Hıristiyanlığın yedinci yüzyılda gelişiyle birlikte, Londra'ya bir piskopos yerleştirilmiş ve Londra resmî olarak "kent" adını almıştır. 735'te ölen Muhterem Bede, Londra'yı karadan ve denizden gelen pek çok insanın buluşma mekânı olarak tarif etmektedir. Neredeyse bir yüz yıl sonra Anglo-Sakson kaynaklarında Londra'dan Kral Alfred'in Danimarkalılara karşı verdiği savaş vesilesiyle bahsedilmiştir. Arkeolojik bulgular Londra'nın, Venedik'ten sonra on bini aşan nüfusuyla Avrupa'nın en büyük kenti ve onuncu ve on birinci yüzyıllarda çok önem arz ettiğini göstermektedir. Norman işgali döneminde yirmiden fazla darphane aynı anda para basıyordu. Bütün şehirlilerin katılmak zorunda olduğu Halk Meclisi (*Folkmoot*) yılda üç kez toplanırdı. İngiliz tacirlerle yabancı tacirler arasında alışveriş yapılırdı. Bununla birlikte Londra'nın bir beratı yoktu ve on ikinci yüzyıldaki anlamıyla çok az özgürlüğe sahipti. Diğer Anglo-Sakson kentleri ve kasabaları gibi Londra da dikkate değer ticari faaliyetlerine rağmen idari ve askerî merkezdi ancak özerk yönetilen "ayrıcalıklı şehirliler topluluğu" değildi.

İşgalden neredeyse hemen sonra William, Londra'ya bir berat vermiştir ve iki nesil sonra Londralıların hakları ve kentin kendisi dramatik biçimde genişlemiştir. On ikinci yüzyılın başlarında daha önceleri kral tarafından atanan önde gelen iki "muhtar" (bir tür kent yöneticisi, şerif) şehirlilerin arasından seçilmeye başlandı ve seçilme hakkı I. Henry'nin 1129'da verdiği bir beratla daimî

[32] Ibid., s. 143.

olarak güvence altına alındı. Londra o dönemde bir "komün" olarak addediliyor ve bir belediye başkanı tarafından yönetiliyordu. Kral, kent tarafından ödenen üç yüz ilâ beş yüz poundluk yıllık verginin (bu vergiye *farm* ya da *ferm* denirdi) düşürülmesini kabul etti. Kent yargı yetkisini bütün şehirlilerden oluşan ve yılda üç kez toplanan Halk Meclisi ile "*husting*" adı verilen daha küçük mahkemeler aracılığıyla kullanırdı. Kentin işleriyle uğraşan yirmi dört kent meclisi üyesi, görevlerini yerine getirmek için "Londra kentine ait olan ve kentin özgürlüğünü koruyan kralın hukuku" üzerine yemin ederlerdi. Şehirliler, mirasçılarını yok sayarak yoksulluk sebebiyle mülklerini satma hakkına sahipti. Uygun rehinler bulunamadığında haciz uygulamasının bir biçimi olarak borç sebebiyle hapis uygulanırdı. Yabancı tacirler korunma hakkına sahipti. Her meclis üyesi kendi denetim bölgesindeki herkesin savunma amacıyla at ve silah sahibi olmasını temin etmekle yükümlüydü. Marangozların, duvar ustalarının, kiremit aktaranların, sıvacıların ve hendek kazanların ücretleri sabitlenmişti. Sazdan ve kamıştan yapılan çatılar yasaklanmış, yangın gözcülüğü kurulmuş ve her evin önünde acil durumlar için bir fıçı su bulundurulması zorunlu tutulmuştu.[33]

I. Henry tarafından Londra'ya verilen berata göre (1129) "şehirlilerin… kendi aralarından atayacakları yargıç kim olursa olsun tacımın talepleriyle ve onlarla ilişkili davalarla ilgilenecektir. Aynı kimse başka bir kraliyet mahkemesine çıkmayacaktır. Ve kentin sakinleri kent duvarlarının dışında herhangi bir dava açmayacaktır vergiden, toprak vergisinden ve kan-parası ödemeyecektir. Hiç kimse düelloya zorlanmayacaktır". Yine berata göre "hiç kimse ne benim maiyetimin ne de başka birisinin zoruyla surların içine yerleştirilmeyecektir. Londralılar ve malvarlıkları bütün yol ve geçiş ücretlerinden, rüsumlardan ve gümrük vergilerinden İngiltere'de ve limanlarında muaf tutulacaktır".[34] Londralıların bu özgürlükleri ve imtiyazları II. Henry'nin beratıyla genişletilmiştir.

Londra'ya verilen berat, Norwich, Lincoln ve Northampton'a ve diğer kentlere model teşkil etmiştir. Benzer biçimde II. Henry

---

[33] Ibid., s. 180. Ayrıca bkz. Christopher N. L. Brooke, *London, 800-1216: The Shaping of a City* (London, 1975); Mary Bateson, "A London Municipal Collection of the Reign of John", *English Historical Review*, 17 (1902), 480-511, 707-730.

[34] "Charter of Henry I to the Citizens of London", Stubbs, *Selected Charters*, ss. 107-108.

tarafından York'a verilen berat da Wallingford, Andover, Salisbury, Wilton ve Portsmauth'a örnek teşkil etmiştir ve berat verilen diğer kasabalar da daha sonraki beratlara örnek olmuştur.[35]

Londra'nın yaklaşık yüz on kilometre kuzeydoğusundaki Ipswich kasabasının nüfusu 1086 yılında yaklaşık dört bindir ve orijinal beratı bugüne ulaştığı için olduğu kadar yerel yönetimi bir belgeyle detaylıca örgütlenen ilk kasaba olduğu için de özel bir öneme sahiptir.

25 Mayıs 1200 yılında Kral John tarafından verilen berat Ipswich sakinlerine (*burgesses*); geçiş ücretleri, tezgâh ücretleri (pazar ve fuarlarda kurulan tezgâhlar için ödenen), rüsum (pazar ve panayırlarda ölçüyle alım satımdan alınan), seyahat ücreti (kent dışından gelenlerin ödediği), köprü bakım ücreti (köprülerin korunması için alınan) ve "karada ve limanlarda alınan diğer bütün gümrüklerden" muafiyet tanımaktadır. Şehirliler ayrıca, yabancıların imtiyazları ve kraliyet memurları ile ilgili olanlar dışında; Ipswich dışındaki davalardan da muaf tutulmuştur. Şehre, tüccar loncası ile lonca örgütü (*hansa*) kurma hakkı da verilmiştir. Hiç kimse ya da hiçbir şey şehrin surlarının içine zorla

---

[35] Sicil kayıtlarına göre (*Domesday Book*) 1086 yılında York'un kasabalılardan (*burgess*) oluşan bir kurumu ve onların üzerinde dört de yargıcı (*judice*) bulunmaktaydı; bu kurum muhtemelen işgal öncesi kurumların ayakta kalanlarından birisini temsil ediyordu. 1170'lerde York'ta başarısız bir komün kurma girişimi oldu; 1203'te ise York kraldan bir berat aldı. Berattan sonra, tüccar loncası II. Henry'den ve olasılıkla I. Henry'den de özgürlük ve gümrük beratı alan Winchester'ın yaptığı gibi, York da komün statüsü talep etti. Winchester'a Richard ve John tarafından verilen yeni beratlar, şehirlilerin kentin surları dışındaki [yargısal] süreçlerden muafiyetini ve özerk kent yönetimini güvence altına almıştır. Bkz. Peter Werham, *York*, (London, 1971), SS. 62-83; G. W. Kitchin, *Historic Towns: Winchester* (London, 1891), s. 163; B. B. Woodward, *History of Winchester* (Winchester, [c. 1900]); J. E. A. Joliffe, *The Constitutional History of Medieval England* (London, 1937), ss. 321-326.
Burada Cinque Ports'tan da (Beş Liman) söz edilmelidir; Cinque Ports başta beş liman kasabasından oluşmuştur ancak zamanla otuz kasaba daha bu gruba katılmıştır. Orijinalindeki beş kasaba Hastings, Romney, Hyth, Dover ve Sandwich'tir. Bu kasabalar, gemilerini krallığın savunması için yıllık olarak kralın hizmetine sunmuş, karşılığında komünal imtiyazlar kazanmıştır. Bu anlaşmanın kökleri on ikinci yüzyılın başlarına dek uzanmaktadır ancak II. Henry tarafından resmî olarak tanımlanmıştır. 1205'te kasabalar, önce tek tek kendi beratlarını almış; 1260'ta ise topluca bu kasabalara genel bir berat verilmiştir. Ancak görünen o ki, ne yazılı bir resmî federasyon belgesi mevcuttur ne de resmî bir anayasa mevcuttur. Kasabaların aldığı çok sayıdaki imtiyaz, genel bir adalet mahkemesini, geçiş ücretleri ile diğer yükümlülüklerden azade olmayı, sınırlarının dışındaki yargı yetkisinin dışında kalmayı ve yıllık fuarları da kapsamaktadır. Bkz. K. M. E. Murray, *Constitutional History of the Cinque Ports* (Manchester, 1935), ss. 1-27.

alınmayacaktır. Şehirdeki arazilerle Şehirdeki her arazi ve arazilerdeki tasarruflara ilişkin bütün davalarda "adalet Ipswich kentinin kadim geleneklerine ve özgür kentlerin geleneklerine göre tesis edilecektir". Ipswich'te yapılan bütün borç ve rehinlere ilişkin davalar Ipswich'te görülecektir. "Özgür kentlerin hukukuna göre olmadıkça" hiçbir kentli para cezası ödemeye mahkûm edilmeyecektir. Yine berata göre "şehir meclisi yasalara uyan ve sağduyulu iki adamı seçecek ve bu iki adam onları *Exchequer*'ımızda baş yargıç olarak temsil edecektir. Onlar da Ipswich kentinin adı geçen makamını adil ve düzgün biçimde temsil edecektir [*quamdiu se in baillia illa bene gesserint*]. Adı geçen kentlilerin ortak kararı hariç kendileri ayrılmak istemedikçe azledilemeyeceklerdir. "Yasalara daha saygılı ve daha sağduyulu" dört adam da tacın talepleri ve tacı ilgilendiren meselelerle ile ilgilenmek ve "kent konseyinin zenginlere olduğu kadar fakirlere de adil ve hukuka uygun davranıp davranmadıklarını denetlemek" üzere "adı geçen kent meclisi tarafından" seçilecektir.[36]

Beratın verilmesinden bir ay kadar kısa bir süre sonra 29 Haziran 1200 Salı günü kasaba halkının tümü Kuledeki Aziz Mary Kilisesi'nin bahçesinde toplandı.[37] Toplanan meclis, bir sözcü, iki kral temsilcisi ve dört sorgu yargıcı seçti. Kralın temsilcileri, baş yargıçlık makamına geçmek için; sorgu yargıçları da tacın talepleri ile tacı ilgilendiren diğer meseleleri ele almak ve "adı geçen temsilcilerin zenginlere olduğu kadar fakirlere de adil ve hukuka uygun davranıp davranmadıklarını" denetlemek için yemin etti. Aynı gün "kent genel konseyi tarafından, diğer özgür İngiliz şehirlerinde olduğu gibi, şehri yönetme, şehri ve özgürlüklerini koruma; şehrin kararlarını uygulama, şehrin statüsünün ve onurunun gerektirdiği diğer işleri emretme ve yapma yetkisiyle donatılmış" on iki *capitales portmenni* (sözcük anlamıyla "şehir amiri") seçilmesini emretmiştir. Bu on iki kişinin bir sonraki Pazar günü seçilmesine karar verilmiştir.

---

[36] Ipswich Beratı'nın tam metni için bkz. Charles Gross, *The Gild Merchant: A Contribution to British Municipal History*, 2 vols. (Oxford, 1890), II, 115-116. Belediye başkanlarının/şehir amirlerinin görev süreleri belirlenirken kullanılan "hayat boyu" *quamdiu se bene geserint* ifadesi, on yedinci yüzyılda İngiliz Devrimi'nden sonra yargıçların görev süreleri belirlenirken de kullanılmış, 1701 tarihli *Act of Settlement*'a eklenmiştir.

[37] İzleyen kısım Domesday Book of Ipswich'ten Gross'un yazdığı gibi alınmıştır. Bkz. Gross, *Gild Merchant*, II, 115-123. Ayrıca bkz. ibid., I, 23-26; Stephenson, *Borough and Town*, ss. 174-178.

2 Temmuz Pazar günü, kralın temsilcileri ile sorgu yargıçları, topluluğun da rızasıyla şehrin her kilise bölgesine bir sorumlu atamış ve on iki *capitales portmenni* seçmiştir (Anlaşıldığı üzere kralın iki temsilcisi ile dört sorgu yargıcı da seçilenlerin arasındadır). Hepsi de içtenlikle şehri yöneteceklerine, özgürlüklerini koruyacaklarına ve "kimsenin etkisi altında kalmadan" mahkeme kararlarını uygulayacaklarına dair içtenlikle yemin etmiştir. Yemin ettikten sonra bütün şehirliler ellerini Kitap'a (İncil) doğru uzatmış ve bir sözcü; malları ve canları, temsilciler, sorgu yargıçları ve on iki şehir amiri şehri, yeni beratları ve özgürlükleri her yerde ve kraliyet iktidarı hariç herkese karşı "yeteneklerine göre ve yapmaları gereken ölçüde adil ve rasyonel biçimde" koruyacağına dair yemin etmiştir. Aynı gün berat, onu koruyacaklarına ve şehir ihtiyaç duyduğunda vereceklerine içtenlikle yemin eden iki adil ve güvenilir adamın sorumluluğuna verilmiştir.

13 Temmuz Cuma günü, kralın temsilcileri, sorgu yargıçları ve on iki amir toplanmış ve gelecekte şehrin geleneklerinin kralın temsilcileri ve kentteki dört adil ve güvenilir adam aracılığıyla derlenmesini; adil ve geleneksel yıllık verginin kralın hazinesine ödenmesini emretmiştir. Yine aynı toplantıda tutuklamaları yapacak ve kralın temsilcilerinin, sorgu yargıçlarının ve şehir amirlerinin emirlerini uygulayacak iki mübaşirin gerektiğine, mübaşirlerden birisinin tutuklulara gardiyanlık yapacağına, kent halkına temas eden önemli meselelerde kullanılmak üzere ortak bir mühür yapılması gerektiğine; mührün güvenilir ve adil üç veya dört adama emanet edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Ayrıca yeni beratın Suffolk ve Norfolk'taki bütün bölge mahkemelerine gönderilmesi ve orada yazan özgürlüklerden herkesin haberi olması ve her bölgedeki yerellerde duyurulması için kamuya okunması emredilmiştir.

10 Ekim Pazar günü topluluk, 13 Temmuz'da verilen yeni emirleri duymak için bir kere daha bir araya gelmiştir. Yeni emirlerin hepsi kamuya okunduktan sonra topluluk bir sözcü aracılığıyla rızasını bildirmiştir. Daha sonra da gelecek yıl için iki kral temsilcisi ve onlara yasaların derlenmesi için yardım edecek dört görevliyi ve iki mübaşiri seçmiştir.

12 Ekim Perşembe günü bir başka tam katılımlı toplantı çağrısı yapılmış; mühür gösterilmiş ve mührü koruyacak üç adam seçilmiştir. Bu üç adam, beratı korumalarına almıştır.

Aynı gün şehir amirlerinden beşi tüccar loncasını yönetmek üzere seçilmiştir -bir meclis üyesi dört yardımcı. Onlar da loncayı ve onun tüm mallarını iyi ve dürüstçe yöneteceklerine, loncadaki biraderlerine iyi ve adil davranacaklarına dair yemin etmişlerdir. "Daha sonra meclis üyesi ile dört meslektaşı, kasaba halkının huzurunda kentin özgür kimselerinin, ne zaman nerede olacağı ilan edilecek olan belli bir günde, bir lonca kurmak ve üyeliğe kabul ücretini vermek üzere (*hansa*) huzurlarına gelmelerini istemiştir". Rapor şöyle devam etmektedir:

"Adı geçen kral temsilcileri, sorgu yargıçları, diğer amirler ve bütün topluluk, aynı gün hangi yollarla ve araçlarla adı geçen loncayı ve loncaya ait olanları daha iyi yöneteceklerini tartışmıştır. Kralın temsilcileri, sorgu yargıçları, diğer amirler ve bütün topluluk ile sözcü şuna karar vermiş ve emretmiştir ki; seçilmiş olan ve seçilecek meclis üyesi bundan böyle sayılan ticari ürünlerin... (kimi taşlar), harç ve mermer kaldırım taşlarının alım satımından doğan kârı almalı ve kullanmalıdır. Meclis üyesi ettiği yemin nedeniyle, adı geçen kentteki kralın temsilcilerine ve sorgu yargıçlarına bir önceki yıl yukarıda sayılan ürünlerin satışından elde ettiği kâra ve gelir artışına ilişkin doğru ve dürüstçe hesap vermelidir. Bunun da ötesinde oybirliği ve herkesin rızasıyla, adı geçen loncanın yararına ve kârına hareket eden lonca yöneticisi dışında adı geçen şehrin hiçbir sakini ya da yerli ya da yabancı hiç kimsenin, adı geçen şehirde ve civarında sayılan ürünleri alıp satıp satamayacağına karar verilmiştir".

Aynı gün "bütün topluluk" şehrin amirlerine, şehre verdikleri hizmet karşılığında Odenholm çayırlarını atlarını tutmaları ve beslemeleri için bağışlamıştır. Daha sonra ise yine bütün topluluk tarafından şehrin yasalarının ve geleneklerinin "*Domesday*" adlı bir sicilde tutulmasına karar verilmiştir. "*Domesday*" "makamları nasıl davranmaları gerektiğini bilebilsinler ve takdir edebilsinler diye" kralın temsilcilerine emanet edilmiştir. Ayrıca tüccar loncasının bütün kararlarının, "bir tüccar loncasının bulunduğu bütün kentlerde ve kasabalarda yapıldığı gibi" başka bir sicile girilmesine; meclis üyesinin bu sicili "nasıl işlem yapacağını bilsin diye" daima yanında taşımasına karar verilmiştir.[38]

Genel olarak İngiliz kentleri ve kasabaları, kraliyet veya prenslik denetiminden Avrupa'nın diğer kentlerinin yapmayı

---

[38] "Domesday Book of Ipswich", Gross, *Gild Merchant*, II, 122-123.

başardığı gibi aynı ölçüde bağımsız olmayı başaramamıştır. İngiliz şehirlerine verilen resmî özerk yönetim beratları azdır. Kimi beratlar şehirlilere, memurlarını seçme hakkını tanımıştır. Nitekim 1131'de Londra'ya şeriflerini ve yüksek hâkimlerini; bir yüzyıl sonra da belediye başkanını seçme hakkı verilmiştir. Northampton 1189'da yüksek memurlarını, daha sonra ise sorgu yargıçlarını seçme hakkını almıştır. Diğer kentler de benzer hakları aşama aşama elde etmiştir. Bununla birlikte kraliyet, kentteki adli ve mâli sistem üzerindeki de dâhil olmak üzere kentin siyasi hayatı üzerindeki denetim yetkisini muhafaza etmiştir.

Yine de kraliyetin nihai denetimine rağmen İngiliz kentlisinin on birinci, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki gündelik hakları, özgürlükleri, imtiyazları ve muafiyetleri özünde Avrupa'nın diğer yerlerindeki kentlilerin sahip olduklarından farklı değildir. Kentli özgürdü; kente göç eden bir serf, bir yıl ve bir gün ikamet ettikten sonra genel olarak Avrupa'nın her yerinde olduğu gibi İngiltere'de de özgürlüğünü kazanırdı. Kentli olmak silah taşıma, feodal ve manoryal görev ve hizmetlerden muaf olma, bir mülkü alma satma ve özgürce miras bırakma, kent mahkemesinde işkenceden veya düellodan uzakta yargılanma hakları ile krala ödenen vergilerde ve para cezalarında azalmayı da beraberinde getiriyordu.[39] Dahası her ne kadar taç, kenti yönetme yetkisinden resmî olarak feragat etmese de esnaf ve tüccar loncalarının, kendi üyelerinin profesyonel hayatlarını yönetme hakkını tanıyordu. Aslında Avrupa'da olduğu gibi İngiltere'de de kentin memurları kamusal işleri yerine getiriyordu; tutuklama yapıyor, duyuruları yayınlıyor, birlikleri düzenliyor, yerel vergileri salıyor ve krala ödenecek vergileri topluyordu.

[39] Bkz. Helen M. Jewell, *English Local Administration in the Middle Ages* (New York, 1972), s. 53. Yazar haklı olarak kasabalıların, kendileri için kasabada eşdeğer yeterliliği olan bir mahkemenin kurulması hakkını ima eden muafiyetlerinin; bölge ve *hundred* mahkemelerinden muafiyetlerinin önemini de vurgulamaktadır. Kentin kendi yargısına sahip olma hakkı (krala yıllık ödenen vergiyi "*farm*" toplama hakkı ile birlikte) Londra'ya, sürekli bir hak olarak 1131'de verilmiştir. Ancak taç, kraliyet mahkemesi olan *Common Pleas* ile *King's Bench*'in ağır suçlardaki ve gayrimenkullere ilişkin ihtilaflardaki yargı yetkisini daima muhafaza etmiştir. Bu mahkemeler gezici mahkeme olarak seyahat ettiklerinde bazı yerlerde şehrin sınırları içinde yargılama yapmak üzere giderlerdi; ancak normalde şehirden on iki jüri üyesinin, *hundred*'lardan katılan jüri üyelerinin yanı sıra gezici mahkemelerin duruşmalarına katılması gerekirdi.

İTALYAN KENTLERİ

Kentler, hiçbir yerde 1050 ile 1150 arasındaki yüz yılda İtalya'da olduğu kadar çok yayılmamıştır. O dönemde yüzlerce İtalyan kent merkezleri, bağımsız, özerk-yönetimli topluluklar olarak şekillenmiştir. Bunlara çoğunlukla komün (*communia*), korporasyon (*universitates*) ya da topluluk (*communitates*) gibi adlar verilmiştir. İzleyen yüzyılda, özellikle 1183 yılındaki "komünal özgürlüklerin *Magna Carta*'sı" denilen *Peace of Constance*'tan (Constance Barışı) sonra bu hareket daha da hızlanmıştır.

Öte yandan on birinci yüzyıldan evvel, organik olarak gelişen İtalyan kentlerinden-belki Roma istisnadır- söz edilemez. Kaderleri tamamıyla imparator tarafından belirlenen Roma İmparatorluğu şehirleri de imparatorluk iktidarının şubeleri gibiydi. Milano, buna iyi bir örnektir.[40] Milano, İ.S. üçüncü ve dördüncü yüzyıllarda Batı Roma İmparatorluğu'nun ana yönetim merkeziydi. Nitekim Constantine'in Hıristiyanlığı imparatorluğun dinî ilan ettiği yer Milano'dur. Yine de Milano'nun kendi tarihi yok gibidir. Belki 374'ten 397'ye dek Milano Başpiskoposu olan Aziz Ambrose'den sonraki yüzyılın kilise tarihinden söz edilebilir. Zira o dönemde piskoposluk Aryanizme karşı verilen mücadelenin kalesiydi.

Beşinci yüzyılın son yarısında Milano ile İtalya'nın kuzeyi önce Atilla'nın Hun ordusu, sonra Odovakar'ın yönetimindeki Heruliler ve son olarak da Theodoric'in yönetimindeki Gotlar tarafından işgal edilmiştir. Got soylusu Uraia 539 yılında kenti âdeta tarumar etmiştir. Otuz yıl sonra ise Milano Cermenik Lombardlar (*Langobardi*, "uzun sakallılar") tarafından ele geçirilmiştir. Tıpkı önceki işgalciler gibi Lombardlar da Pavia'yı başkent yapmış ve Milano gerilemiştir. Frank İmparatoru Charlemagne'nın Lombardiya'yı imparatorluğuna katmasından sonra her nasılsa Milano'nun talihi değişmiştir. Ne var ki, Milano ancak bir yüzyıl sonra, Karolenj imparatorluğunun dağılmasından sonra, kentsel bağımsızlığının ilk işaretlerini vermiştir. Aslında Karolenj krallığının memurları olan Milano kontları otoritelerini kaybetmiş ve başpiskopos hem dinî hem de seküler meselelerde söz sahibi olmaya başlamıştır. Onuncu yüzyılın başlarında Ma-

[40] Genel bilgi için bkz. Alfio Natale, *Milano medievale, da Attila ai Torrinai* (Milan, 1964); Cesare Manaresi, ed., *Gli Alli del Comune di Milano fino all'ano MCCXVI* (Milan, 1919).

car işgallerinin baskısı etkili olmuş ve Milano sığınmacılarla dolmuştur. Ancak yüzyılın sonunda akış tersine dönmüştür. Kırsalda tarımsal servetin artışı Milano'nun ticaretini ve endüstrisini geliştirmiş ve başpiskopos, kentin siyasi ve dinî nüfuzunu İsviçre Alplerine dek genişletmeyi başarmıştır. 1037 ile 1039 arasında Başpiskopos Aribert kendilerini Milanolu "Plebianlar" olarak adlandıran yarı-dinî bir loncanın üyelerinin, İmparator II. Condrad'ın düşük seviyedeki soylulara verdiği ayrıcalıklara karşı başarılı biçimde isyan etmelerine öncülük etmiştir. Bütün bunlar kronolojik açıdan ve Lombardiya ile Frank İmparatorluğu tarihi açısından önemlidir ancak Milano kentinin tarihini şekillendirdikleri söylenemez.

"Milano kenti"nden söz etmişken unutulmamalıdır ki, onuncu yüzyılın sonları ve on birinci yüzyılın başlarında diğer Avrupa şehirleri gibi Milano da özünde büyükçe bir köydü. Başpiskoposun evinin hanesinin yer aldığı müstahkem alan da dükkânlar, esnaf ve tacirlerin konutları ile birlikte banliyödeydi; muhtemelen bir ya da iki bin kişiden fazlası yaşamıyordu. Daha da önemlisi bunlar bağımsız siyasi ve ekonomik bir birlik oluşturmuyordu daha ziyade şehrin bulunduğu daha geniş bir arazinin ayrılmaz bir parçasıydı. Şehir de dâhil olmak üzere bütün teritorya siyasi olarak başpiskopos ile soylular tarafından yönetiliyordu; ayrı bir şehir yönetimi bulunmuyordu. Ekonomik bakımdan ise esnaf, zanaatkâr ve tacirlerin aileleri genellikle tarlalarda çalışmak için şehrin dışındaki tarlalara gidiyordu.

Milano'nun modern tarihi -yani kentin organik gelişimi- 1057 yılında, papalık reformunun militan taraftarlarının öncülüğündeki bir halk hareketinin; imparatorluk piskoposunun öncülüğündeki yüksek seviyeli aristokrat ruhbanlara saldırdıkları ve onları sürdükleri zaman başladı. Bundan sonra Milano'nun yapılanması radikal biçimde değişti, yeminli bir komün kuruldu. En sonunda 1094 yılında konsül adı verilen komün *magisrate*'leri belirli bir süre için kent genel meclisi tarafından seçilmeye başlandı.

Lombardiya'daki diğer kentlerle birlikte Milano da coğrafi olarak imparatorluk ve papalık çatışmasının merkezindeydi. Lombardiya kentlerinde özerk yönetilen yeminli komünlerin oluşumu çoğunlukla imparatorun atadığı piskoposlarını hedef aldı. Nihayet bu kentlerin on dördü Lombardiya Birliği'ni [*Lombard League*] kurarak imparator I. Frederick'e karşı başarılı biçimde mücadele etti. 1180 yılında bu on dört kent -Verona, Venedik,

Vicenza, Bergamo, Treviso, Ferrara, Cremona, Milano, Lodi, Piacenza, Parma, Modena ve Bologna- birleşerek papaya şöyle yazdılar: "Bizler, İtalya tahrip olmasın ve Kilise'nin özgürlüğü zeval görmesin diye imparatorun saldırılarına ilk karşı koyanlarız. Biz, İtalya'nın onuru ve özgürlüğü ile Kilise'nin itibarı uğruna, imparatoru görmeyi ve dinlemeyi reddettik".[41] Bu, "İtalya" adının siyasi bir birliğe atfedilerek; yani Como Gölü'nden Papalık devletlerinin bulunduğu yarımadaya uzanan özgür kentler takımadasına atıfla ilk kullanımlarından birisiydi.

İmparator da papayı veya papalık taraftarlarını hedef alan yeminli komünlerin oluşumunu desteklemiştir. Nitekim 1080'lerin başında Papa VII. Gregorius ile çatışmasının en yoğun olduğu dönemde İmparator IV. Henry, Toskana kentleri olan Lucca ile Pisa'ya, Papa VII. Gregorius'un arkadaşı ve destekçisi Kontes Matilda'ya karşı bağımsızlıklarını kazanabilmeleri için özgürlük ve özerklik beratı vermiştir.

Belirlenmiş dönemlerde görev yapmak üzere halk meclislerinin seçtiği (genellikle adlandırıldıkları haliyle) konsüllerin komünal özerk-yönetim sistemi, Kuzey İtalya'nın pek çok kentinde on birinci yüzyılların sonları, on ikinci yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır. Bu konsüllerin kayıtları mevcuttur; Pisa 1084, Asti 1093, Arezzo 1098, Ceneviz 1099, Pavia 1105, Bologna 1123, Siena 1125, Brecia 1127, Floransa 1138.[42] Kentlilerin konsülleri seçmek için yaptıkları kitlesel toplantıları *commune, colloquim, parlamento* ve çoğu kez de *arengo* olarak adlandırılmıştır. *Arengo,* konsülleri seçmenin yanı sıra yasa yapar, barış ve savaş ilan eder, anlaşmaları onaylardı.

Konsüllerin sayısı kentten kente ve bir kentte yıl içinde değişirdi. Milano'da 1117'de on sekiz, 1130'da yirmi üç, 1138'de dört, 1140'ta sekiz ve 1141'de altı konsül vardı. Pek çok şehirdeki konsül sayısı dört ilâ on ikiydi. Konsüller, komünü idare eder, savaşta yol gösterir, üyeleri arasındaki ihtilafları hükme bağlardı. Zamanla pek çok şehirde yargıçlık yapmaları için özel "adalet konsülleri" atanmaya başladı.

On birinci yüzyılın başları ile on ikinci yüzyılın sonlarında

---

[41] Aktaran Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), s. 571.

[42] Bu dönemdeki komünal özerk yönetimlere dair bunlar ve diğer veriler için bkz. *Encyclopedia Britannica*, 1969, ed., s.v., "commune (medieval)" (D. P. Waley).

İtalyan şehirlerinin yaptığı en çarpıcı yapısal yenilik siyasi görevlerin sürelerinin sınırlandırılmasıydı. Konsüller genellikle bir yıllığına seçilirdi. Daha sonra Avrupa'nın diğer ülkelerine de yayılan bu ilke, Batı'da hükümet kavramına ilişkin köklü bir değişimi temsil ediyordu. Zira o zamana dek Avrupa'daki ister dinî ister seküler (kral, dük, baron) bütün siyasi liderler ömürleri boyunca yönetimde kalırdı. İtalya'daki çoklu konsül sistemi, aşama aşama *podestá* (*potestas*, yetki) denilen tek bir yöneticiye boyun eğdikçe, kentteki siyasi makamların geçiciliği, on ikinci yüzyılın son on yıllarında daha da belirgin hale geldi. *Podestá* komünün askerî lideri, başlıca idarecisi ve başyargıcıydı ancak görev süresi çoğunlukla altı ayla sınırlıydı ve yeniden seçilemezdi.

Podestá, Pisa'da 1169'da, Perugia'da 1177'de, Milano'da 1186'da, Piacenza'da 1188'de, Floransa'da 1193'te ve Siena'da 1199'da kuruldu. *Podestá* sistemi on üçüncü yüzyılın başlarında neredeyse Kuzey İtalya'nın tümünde mevcuttu. "Kısa sürede *podestá*'yı, yerel ihtilaflarda tarafsızlığını sağlayabilmek için başka bir şehirden (genellikle komşulardan) seçmek normal hale geldi. Kendi hane halkı ile birlikte gelirdi ve geldiğinde komünde sadakatle hizmet etmek için yemin ederdi... *Podestá*, bir soyluydu ve hukuk öğrenimi görmüş olması gerekirdi. Makamı, yetenekli bir adamın uzmanlaştığı ve bir görevden diğerine gittiği saygın bir meslek haline gelmişti".[43] Aslında profesyonel bir "kent yöneticisiydi" ve görev süresi sona erdiğinde, performansı bu iş için kurulmuş özel bir komisyon tarafından değerlendirilirdi.

İtalyan komünleri yöneticinin görev süresini belirli bir süreyle, ayla ya da yılla sınırlayarak seküler yönetimin "geçici" karakterini vurgulamıştır. Avrupa'nın yeni kentlerinin yöneticileri, eski Yunan ya da Roma şehirlerinin aksine, dinî işlerden sorumlu değildir. İnanç ve ibadetle ilgili işler Papalık Devrimi'yle birlikte kiliseye bırakılmış, daha sonraki adıyla "devlet"ten ayrılmıştır. Aslında Avrupa'daki yeni yerel yönetimler tamamen seküler olan ilk siyasi kurumlar; ilk modern seküler devletlerdir. Hukuki anlamda işlevleri barışı korumak ve adaleti sağlamaktır. Bu bağlamda *podestá* sözcüğü önemlidir zira siyasi işlevlerle dinî işlevlerin sınırını açıkça çizmekte; "yetkiyi otoriteden ayırmaktadır".[44]

Podestá'nın görev süresi çok kısa olduğu için, uzun vadeli si-

---

[43] Ibid., s. 199.

[44] Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, s. 573.

yasi işlevleri diğer siyasi kurumlara tahsis etmek gerekmiştir. Genellikle *arengo*'ları (parlamento) "büyük konsüller" izlemiştir. Ne var ki, bunlar da etkin biçimde yönetmek için çok büyüktür (Milano büyük konsülü sekiz yüz üyeden oluşmaktadır). Bu nedenle aynı zamanda daha küçük, üye sayıları 24 ile (hatta 16) sınırlı "gizli" konsüller "güvenli konsüller" (*consiglio della credenza*) oluşturulmuştur, ancak zaman zaman bu sayı yüze çıkmıştır. Ayrıca sıklıkla askerî, mâli ve anayasal meselelerde özel yetkili *ad hoc* komisyonlar kurulmuştur. Kent konsüllerinin, bütün önemli meselelerde *podestá*'ya danışması gerekiyordu. En azından teoride sadece konsüller yeni yasa yapma yetkisine sahipti.

İtalyan kentleri sadece yeni yönetim biçimlerinin oluşturulmasına değil aynı zamanda yasaları düzenleme ve sistemleştirmeye de ön ayak olmuştur. Kent hukukunun İtalya'daki en erken sistemleştirilmeleri kent konsüllerinin görevlerini yerine getirmek için uymaya yemin ettikleri kurallar ile karşılığında halkın uymaya yemin ettiği kurallardan oluşmaktadır. Bu yeminlere *brevia* (buyruk) denirdi. Konsül *brevia*'sı, konsülün görevini icra ederken izlemesi gereken kuralları ayrıntılı biçimde belirtmektedir. Halkın *brevia*'sı ise halkın yerel yönetimle ilgili meseleleri ele alırken izlemeleri gereken temel konuları belirtmektedir. Konsüllerin dışındaki kamu görevlilerinin de makamı devralırken kurallara uyacaklarına dair yemin etmesi gerekirdi. İtalyan hukuk tarihçisi Francesco Calasso'nun yazdığı gibi "Açıktır ki, bu yemin ağı, komünün idari ve anayasal hayatını düzenleyen hukuki normlar bütünü inşa etmiştir".[45]

Calasso, daha da ileri giderek yetkinin sonradan podestá'da toplanmasının "başlıklara ayrılan çeşitli yeminlerin, *podestá*'nın riayet etmek ve uygulamak zorunda olduğu tek bir hukuk gövdesinde konsolide olmasına"[46] yol açtığını belirmektedir. Bu, İtalya'da kent hukukunun sistemleştirilmesinin ikinci aşamasını işaret etmektedir. Kent hukuku, sıklıkla yazılı komün gelenekleriyle birleşmiştir. Üçüncü aşama, komünün yasama organının; halk meclisinin yahut büyük konsülün kararlarının kanunlaştırılmasıdır. Bu kararlar çoğunlukla tüzük (*statuta*) olarak; kimi zamanda Roma Cumhuriyeti'nin yasalarıyla karşılaştırılarak kanun *leges* olarak adlandırılmıştır. Kimi şehirlerde örf ve âdet hu-

[45] Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, I, (Milan, 1954), 422.
[46] Ibid.

kuku ile vazedilmiş hukuk birleşmiş, kimilerinde birleşmemiştir. Örneğin Pisa'da 1161'de iki kanun kabul edilmiştir; bunlardan birisi *constitutum usus* adı verilen örf ve âdet hukukunun kurallarını içermektedir; diğeri ise *constitutum leges* adı verilen meclis kararlarını. Bu iki kanuna dayanarak yargılama yapan iki mahkeme bulunmaktadır.[47]

İtalyan kentlerinin siyasileri ile hukukçuları, tıpkı kilisenin siyasetçileri ile hukukçuları gibi, farklı kaynaklardan gelen hukuki materyallerin sistemleştirilmesi ve sentezlenmesi; karşıtlıkların giderilmesi ve boşlukların doldurulması ile meşgul olmuşlardır. Bu amaçla özel görevliler atanmış ve özel komisyonlar kurulmuştur. Parma, Pistoia gibi bazı kentlerde yasaları kodifiye edenleri, işlerini bitirene dek dış etkilerden korunmaları için bir binaya kapatma uygulaması dahi gelişmiştir. Diğer kentlerde tam tersi bir uygulama geliştirilmiş ve yasaları kodifiye etmekle görevlendirilenler, halkın görüş ve önerilerinden yararlanmışlardır.

Loncalar ve Lonca Hukuku

Nasıl ki kent komünleri genellikle yeminli "barış için kurulan gizli ittifaklar" idiyse, komün bünyesindeki loncalar da birbirlerini korumaya ve birbirlerine yardımcı olmaya yemin etmiş yeminli kardeşlik örgütleriydi. On birinci ve on ikinci yüzyıl şehirlerinin lonca sistemleri köklerini erken dönem Cermen loncalarından almıştır. Erken Cermen loncası, "ölülerin yaşayanları kurnazca ele geçirdiği [bir dünyada]" askerî ve dinî bir kardeşlik örgütüydü.[48] Daha sonraki loncalar, onuncu ve on birinci yüzyılda kısmen yeminli kardeşlik örgütleri aracılığıyla faaliyet gösteren ve "barış loncaları" diye adlandırılan "Tanrı'nın Barışı" (*Peace of God*) hareketine çok şey borçludur. Bu loncalar karşılıklı koruma birlikleri ve gönüllü kolluk kuvvetleri gibi hareket etmiştir. On birinci yüzyılın sonlarında kentlerin yükselişiyle birlikte seküler bir dünyanın tüccar loncaları, toplumsal loncaları, zanaatkâr loncaları ile diğer loncaları yaygınlaşmıştır. Yine de bu örgütler, güçlü dinî özelliklerini muhafaza etmişler ve genellikle üye-

---

[47] Bkz. *Constituta Legis et Usus Pisanae Civitatis*, in Francesco Bonaini, ed., *Statuta inediti della Citta di Pisa, II* (Florence, 1870), 643-1026. (*Constitutum Legis* 647-809. sayfalarda; *Constitutum Usus* 810-1026. sayfalarda yer almaktadır.)
[48] Friedrich Heer, *The Medieval World* (New York, 1962), s. 74.

lerinin hayatlarının sadece maddi değil ruhani meseleleriyle de ilgilenme sorumluluğunu üstlenmişlerdir. Nitekim loncalar, tipik olarak yüksek ahlaki standartları tutturmaya çalışan ve üyelerini (Tanrı'ya ve dine) küfür, kumar, tefecilik ve benzerleri için cezalandıran bir örgüttür. Loncalar, şehrin koruyucu azizleri için olduğu gibi kendi koruyucu azizleri için de dinî törenler düzenlerlerdi. Lonca tüzükleri çoğunlukla loncanın vereceği sadakaların ve yapacağı hayır işlerinin sıralanmasıyla başlardı. Yortuların kutlanması, lonca hayatının önemli bir parçasıydı.

Loncalar bulundukları yerlerde, zira bazı kasabalarda lonca bulunmuyordu, aynı zamanda yasa yapan kurumlardı. Kentlerin ve kasabaların çeşitli esnaf ve tüccar loncalarının her birinin kendi düzenlemeleri vardı. Bu düzenlemelerin içerikleri de tüccar, esnaf, profesyonel, banker, denizci loncası gibi loncanın türüne göre değişiyordu. Eğer esnaf loncası ise pamuk üreticisi mi, ipek mi, deri mi ya da başka bir şeyin üreticisi mi olduklarına göre; profesyonel lonca ise yargıç, noter, doktor ya da başka bir meslek sahibi olup olmadıklarına göre de değişiyordu. Burada lonca dediğimiz ama bu sınıflandırmalara göre biçimlenen pek çok birlik vardı ve çeşitli adlar alıyorlardı; *ars, universitas, corporatio, misterium, schola, collegium, paraticum, curia, ordo, matricola, fraglia* ile tüccar loncaları için *hansa* ve *mercandacia.* Bununla birlikte aynı kentte bulunabilen düzinelerce loncanın düzenlemelerinde pek çok ortak nokta mevcuttu; bu ortaklıklar Batı'nın tamamında da mevcuttu. Nitekim loncalar iştigal ettikleri ticarete göre nadiren kadınların da dâhil edilebildiği ve üyelerine, hasta, engelli, fakir ya da hukukla ihtilaf halindeki üyelerine yardım etme sorumluluğunu yükleyen, cenaze törenlerini düzenleyen, üyelerinin çocukları için okullar yaptıran, şapel inşa eden, dinî oyunlar sergileyen ve gerektiğinde şenlikler düzenleyerek ev sahipliği yapan kardeşlik örgütleriydi. Üyeler periyodik olarak kardeşliğe sadakat yemini eder, loncayı terk etmeyeceğini ve kurallarına uyacağını taahhüt ederdi.[49]

Loncalar, ayrıca, çıraklık ve üyelik şartlarını, çalışma takvimini, kalite standartlarını, asgari fiyatları, dükkânlar arası mesafeyi, satış ve loncadaki rekabetin sınırlarını, lonca dışındakilere kredili satış yasağını, ithalat yasaklarını, göçün sınırlandırılması-

---

[49] Franco Valsecchi, *Le Corporazioni nel'organismo politico del medio evo* (Milan, 1931), ss. 21-23.

nı ve benzeri hususları düzenleyen ve diğer koruyucu önlemleri alan tekelci ekonomik birliklerdi. Kentlerde kölelik görünürde ortadan kalktığı için, işgücü sözleşmeye dayanıyordu. Ancak loncalar, kent gelenekleri ve iş temelinde belirlenen kurallar iş sözleşmelerinin şartlarını sıkıca düzenliyordu. Grev, ağır suçtu.[50]

Loncanın yönetim biçimi kent ya da kasaba yönetimini model almıştı. Loncanın başı çoğunlukla konsül denilen, altı aylığına yahut bir yıllığına seçilen iki ya da daha fazla temsilciden oluşuyordu, kentin memurları genellikle temsilcilerin seçimine katılmazdı. Genellikle konsülleri ve başkanlara yardımcı olan küçük konsül gibi bir de istişari yetkileri olan lonca genel meclisi bulunurdu. Lonca görevlileri, çoğunlukla lonca üyelerinin aralarındaki ihtilafı mahkemeye götürmeden evvel başvurmaları gereken hakemlik mahkemelerini oluştururdu.

Hukukçular (noterler) sadece loncalardaki münferit şirketlere hizmet sunarak, tapuları ve sözleşmeleri hazırlayarak ve (avukatlar gibi) mahkemelerle diğer danışma kurullarındaki faaliyetlerde vekil olarak değil, aynı zamanda yerel yönetimlere olduğu kadar lonca yönetimlerine de yardımcı olarak önemli bir rol oynarlardı. Noterler, yerel yöneticilere (tüccar konsülleri, *podestá*'lar, belediye başkanları, *Bürgermeister*'ler) bir ihtilafı çözmek için kent dışına çıktıklarında onlara eşlik ederlerdi. Resmî belgeleri hazırlar, yerel kanunları birleştirir, seçimleri düzenler, komşu kentlere ve lordlarına yollanacak mektupları yazar yerel yönetim beratlarını yorumlardı. Özetle kentlerin gelişmeye başladıkları ilk günden itibaren hukukçular, kent yönetiminde önemli bir rol oynamıştır.

Avrupa'nın pek çok kentinde lonca liderleri, komünlerin *magisrate*'si olmuştur. 1154 tarihli bir Milano yasası "tüccar konsüllerinin" diğer görevleri ile birlikte yargısal faaliyette bulunmak üzere atanmalarına cevaz vermiş; Kuzey İtalya kentlerindeki tüccar konsüllerinin mahkemeleri yetkilerini giderek kentteki bütün ticari davaları kapsayacak biçimde genişletmiştir. Diğer Avrupa kentleri de ya İtalyan tüccar konsülü kurumunu benimsemiş ya da benzeri kurumlar geliştirmiştir. İngiltere, Galler ve İrlanda'da on dört ticaret merkezi kentin belediye başkanları, İtalyan tüccar konsülleri gibi "tacir topluluğu" tarafından, bir yıllığına seçilmiş-

---

[50] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Nuezeit* (Göttingen, 1967), s. 51.

tir.[51] İngiliz belediye başkanları da tacirlerin evrensel hukukuna göre sadece yürütme fonksiyonunu değil yargı fonksiyonunu da yerine getirmiştir. Böylece merkantilist hukuk ile kent hukuku İngiltere'de de Batı'daki her yerde olduğu gibi örtüşmüştür.

Kent Hukukunun Temel Nitelikleri

Bundan önce ele alınan üç seküler hukuk sistemi -feodal, manoryal ve merkantilist-; nesnellik, evrensellik, karşılıklılık, katılımcı adalet, bütünleşme ve büyüme başlıkları altında incelenmişti. Ancak kent hukuku söz konusu olduğunda açıkça farklı bir sınıflandırmanın yapılması zorunlu görünmektedir. Bu hukuk sistemi, komüniter, seküler, anayasal nitelikleri ile büyüme kapasitesi ve bir sistem olarak bütünlüğü bakımından tahlil edilecektir.

KENT HUKUKUNUN KOMÜNİTER NİTELİĞİ

Kent hukuku sisteminin başlıca niteliği onun komüniter karakteridir. Kent hukuku, birbirine sıkıca bağlı, bütünleşmiş bir topluluktur -çoğunlukla aslında "komün" diye adlandırılmıştır. Topluluk, açık ya da zımni bir "sözleşme"ye dayanmaktadır. Pek çok kent ve kasaba, bütün şehirlileri yüksek sesle okunarak onlara duyurulan bir berata bağlayan ve kolektif edilen resmî bir yeminle yahut bir dizi yeminle kurulmuştur. Berat bir anlamda toplum sözleşmesidir; gerçekten de modern toplum sözleşmesi kuramını ortaya çıkaran tarihsel kaynaklarından birisi beratlar olmalıdır. Beratlar, elbette, modern anlamıyla tarafların, pazarlık ederek farklı edimleri belirlenen sürede ifa etmek üzere anlaştıkları bir sözleşme değildir. Beratların kabulü daha ziyade sürekli bir ilişkiye gösterilen rızanın beyanıdır. Feodal vasallık ya da evlilik sözleşmesi gibi, bir statü kazanma; yani şartları hukukla belirlenmiş ve tarafların iradesiyle değiştirilemeyecek bir ilişkidir. Bir kentin ya da kasabanın kuruluşunda ise bu statü, hâkim Roma-kanonik teorisine göre, ortak hukuki işlevleri olan ve hukuki bir varlık gibi hareket eden insan topluluğu anlamındaki bir korporasyondur (*universitas*). Bir anlamda beratların yürürlüğe konması ve [şehirlilerce] kabul edilmesi hiç de bir sözleşme değil ama bir tür ayin hem topluluğun kuruluşunu hem de topluluğun hukukunu simgeleyen ve gerçekleştiren bir ayindir.

---

[51] *Statute of the Staple,* 27 Edward III (1353).

Kent hukukunun komüniter karakteri, sadece üyeleri arasında sözleşmeden doğan bir ilişki biçimini değil fakat aynı zamanda *katılımcı* bir ilişki biçimini de almıştır. Bu katılımcı ilişki, şu yasal hükümlere de yansımıştır: Şehirlilerin birbirlerine yardım etme zorunlulukları, birbirlerini yabancılara ve düşmanlara karşı koruma yükümlülükleri, "kent konseyinin" yeni yasalarının uygulanmasını onaylamaları, memurların seçilmesini kabul etmeleri, haklarının ihlal edildiğini iddia eden bir kimsenin başvuracağı ya da bir hakkı ihlal ettiği iddia edilen bir kimseye karşı başvurulacak resmî yargı sisteminin hemşerilerden oluşması, sivil ihtilafların, şehrin otoritelerinin gözetiminde resmî olmayan arabuluculukla çözülmesi; esnaf ve tüccar loncaları aracılığıyla yürütülen ekonomik faaliyetlerin sıkı düzenlemelere tabi olması, halkın topluluğun yaşamına katılımına ilişkin diğer hükümler.

Nasıl ki topluluğun sözleşme ile kurulması, modern sözleşme kavramı çerçevesinde değerlendirilemezse, kent topluluğunun katılımcı özelliği de modern demokrasi kavramının çerçevesinde değerlendirilmemelidir. On ikinci yüzyılın kent topluluğu, görece küçük bir soylular grubu tarafından yönetilmiştir. Daha temelde, kent topluluğu böyle bireyler üzerinden değil alt topluluklar üzerinden biçimlenmiştir; "toplulukların topluluğudur". Bu tarz toplumsal yapıya, Fransız sosyal tarihçileri *sociéte des ordres* (tabakalar toplumu) demiş; Alman sosyal tarihçileri ise *Ständestaat* ("zümreler düzeni") demiştir. Ancak her ikisi de yanlış bir yorumla sadece on altıncı yüzyıl ile on sekizinci yüzyıl arası "feodal-sonrası" ve "demokrasi-öncesi" Avrupa'sı ile ilişkilendirerek böyle adlandırmıştır. "Tabaka"lar ya da "zümre"ler yahut daha sade bir ifadeyle kelimenin Marksist olmayan anlamıyla sınıflar on ikinci yüzyılın Avrupa kentlerinin ve kasabalarının birer üyesidir. Bu kentler ve kasabalar haklar ve görevler temelinde örgütlenmiştir. Öte yandan kent hukuku, bütün şehirlilere belli bir eşitlik tanırken, örneğin zenginleri de fakirleri de şehirli kabul ederken, liderlerin seçimine genellikle fakirlerin katılmasına izin vermemiştir. Dahası çeşitli esnaf ve tüccar loncalarının ayrı hukuk düzenlerini ustalarla çıraklar arasındaki sarih eşitsizlikleri ile birlikte tanımıştır. Üstelik şehirli olmayan sınıflara da soylular, ruhbanlar, öğrenciler, Yahudiler gibi, farklı türlerde haklar ve görevler vermiştir. Kent topluluğu Batı Hıristiyan âlemini oluşturan büyük bir "topluluklar topluluğunun", *comunitas comunitarum*'un bir parçasıdır ve kendi içinde de tıpkı bu-

nun gibi daha küçük bir "topluluklar topluluğu"dur. Bireyin, bütünün içindeki bir ya da daha fazla alt-topluluğun üyesi olmadıkça hiçbir hukuki kişiliği yoktur ve bireysel özgürlüğü esas olarak onun hareketliliğine; yani bir alt-gruptan diğerine geçebilmesine ya da birine karşı diğerine başvurabilme kapasitesine bağlıdır. Bazılarının durumunda, mesela Yahudiler'de, bu hareketlilik, her ne kadar bu bir var olmama hali değilse de aşırı ölçüde sınırlıdır. Yahudiler, kent yönetimlerinin kendilerine uyguladıkları baskılara karşı papalığa ya da krallığa başvurabilirlerdi ve sıklıkla da başvurmuşlardı.

Özetle kent hukukunun komüniter niteliği, bizatihi onun akdi (sözleşmeye dayalı), katılımcı ve sınıfsal yapısına içkindi.

KENT HUKUKUNUN SEKÜLER NİTELİĞİ

Kent hukuku komüniter niteliğinin yanı sıra seküler bir niteliği de haizdi. Antikitenin Yunan ve Roma ve Roma İmparatorluğu şehirlerinin aksine, Batı'nın kent ve kasabalarının dinî bir inancı sürdürme sorumluluğu yoktu. Dini inanç ve ibadetler kent yargısının yetkisinde değil Batı'daki her yerde Roma Piskoposu'na tabi olan kilisenin yargı yetkisindeydi. Kasaba ya da kentte dinî görevler ve dinî doktrinle ilgili hukuk kuralları, kasaba ya da kent (ya da imparatorluk) hukuku değildi; Roma Kilisesi'nin kanon hukukuydu.

Bu, kent topluluğunun dinî inanç konusunda kayıtsız olduğu anlamına gelmiyordu. Aksine Batı Avrupa'nın bütün kent ve kasabaları bilfiil Hıristiyan'dı; kiliselerle ve azizlere adanmış ibadethanelerle doluydu. Tanrı'nın lütfuyla kurulduklarını düşünürlerdi. 1219 yılında Masilyalıların Nicelilerle yaptığı bir barış anlaşmasında "Yasalarımızın gelişmesini ve kentimizin üstünlüklerini İsa Mesih'e borçluyuz" demektedir. "Kentimizi yöneten sadece ve bizzat Tanrı'dır".[52] Ancak *kentlerin* misyonu, kutsal ve ebedi olmaktan ziyade seküler ve dünyevi olarak tanımlanmıştır; misyonları, öncelikle şiddeti denetim altına almak ve siyasi ve ekonomik ilişkileri düzenlemekti -barışı ve adaleti tesis etmekti.

Batılı anlamda bir kentin karakterinin en önemli parçası, kendisini seküler bir yönetim olarak kurması ve kilise hukukunu uygulamaması ya da dinî törenlere başvurmaması ve dinî dokt-

---

[52] John H. Mundy and Peter Riesenberg, *The Medieval Town* (New York, 1958), Document No. 43, ss. 163-164.

rini yaymaya çalışmaması, bu görevleri kiliseye bırakmasıydı. Bu başlı başına olumsuz bir şey değildi, dünyevi ya da dindışı amaçlara ilişkin bağımsız değerlerin inşasının kayda değer olumlu göstergesiydi. Yeni kent yönetimleri sadece kurumsal bağlamda doğrudan kilise otoritesinden bağımsız değildi aynı zamanda barışı ve adaleti tesis etme görevleri de kilisenin Hıristiyan inancını korumak için üstlendiği bu görevden bağımsızdı. Adaleti ve barışı tesis etmeye ilişkin bu bağımsız görevler dünyevi kabul edilmişti ama Tanrı tarafından emredilmişti. Bu nedenle de sınırsız bir fedakârlığa değerdi ve Tanrı'nın insanın kurtuluşu için hazırladığı planın bir parçasıydı. Bu, Aziz Agustine'in tasavvurundan daha iyimser; buna karşın pek çok on ikinci yüzyıl sekülerinin tasavvurundan daha kötümser bir "dünya devleti" idi.[53]

Kent hukukunun seküler karakteri, her kentin kendi "(kent) hukuku"nun olmasında ve kent hukukunun da esasında kraliyet hukuku, manor hukuku, merkantilist hukuk gibi seküler hukuk türlerinin sadece bir parçası olmasında görülmektedir. Seküler hukuk türlerinin bir arada varoluşu onun seküler karakterine içkindir. Seküler hukuk sistemlerinin hiçbirisinin bütün bir seküler yargı yetkisini kucakladığı söylenemez. Her biri, kendi yargı yetkisine tabi olanları yöneten tikel yerel sistemlerdi. Bu da on birinci ve on ikinci yüzyılın Avrupa kentlerinin hukukunu, eski Yunan'ın ve Roma İmparatorluğu'nun şehirlerinin hukukundan farklı kılmaktadır. Eski Yunan şehri (site), bütün yurttaşlarının sadece kendi hukukuyla bağlı olduğu ve biat ettiği yegâne yönetimdi. Roma şehirlerininse kendi hukukları yoktu; Romalılar sadece Roma hukuku ile yurttaş olmayanlar da *ius gentium,* yani ulusların hukuku ile yönetilirdi. Batı Hıristiyan âleminin benzersiz özelliği tek tek insanların çoklu hukuk sistemlerinin yönetiminde yaşamasıydı. Bu hukuk sistemlerinin her biri tek tek insanların üyesi oldukları ve birbirleri ile örtüşen alt-topluluklardan birisini yönetirdi.

KENT HUKUKUNUN ANAYASAL NİTELİĞİ

Kent hukuku sisteminin üçüncü ana özelliği onun anayasal karakteriydi. "Anayasa" sözcüğü, on sekizinci yüzyılın sonlarının yahut on dokuzuncu yüzyılın başlarının keşfidir ve yazılı bir

---

[53] Bkz. Harvey Cox, *The Secular City* (New York, 1965).

anayasanın yapılan diğer yasalardan üstünlüğünü ifade eden Amerikan doktrinine atıf yapmaktadır. Yine de modern anayasacılık, sözcüğün tüm anlamlarıyla birlikte ilk kez on birinci ve on ikinci yüzyılların batı Avrupa kentlerinin hukukunda mevcuttu. Bu yüzyılların Avrupa kentleri bir yandan, yasama, yürütme ve yargı yetkileri ve vergi salma, para basma, ağırlık ve uzunluk ölçülerini belirleme, ordu kurma, ittifak yapma ve savaşa girme iktidarları ile -tıpkı kilisenin o dönemde bir modern devlet olduğu gibi- modern devletlerdi. Öte yandan kentlerin devlet yetkileri ve iktidarı, tıpkı kiliseninkiler gibi, muhtelif anayasal sınırlamalara tabiydi. Kent hukukunun anayasal karakteri kendisini beş önemli biçimde göstermektedir:

1. Kent hukuku, pek çok örneğinde, yazılı beratlarla kurulmuştur ve bu beratlar hem yönetim örgütü hem de sivil hak ve özgürlüklere ilişkindi. Aslında beratlar ilk yazılı modern anayasalardı. Yazılı bir berat olmadığında dahi, kentin ya da kasabanın yönetim örgütlenmesini kuran ve sakinlerinin hak ve özgürlüklerini belirleyen temel bir yasası olduğu düşünülüyordu.

2. Beratlarla -yahut berat olmaksızın- kurulan yönetim sistemi çağdaş anayasal hükümetlerle pek çok bakımdan benzerlik gösteriyordu: Kent yönetimlerinin yetkileri de sınırlıydı; yasama, yürütme ve yargı genellikle ayrılmıştı ve birbirlerini denetliyorlardı; görevlileri belirlenen zaman aralıklarında seçiliyordu, pek çok yerde yargıçlar, halk tarafından azledilmedikçe ömür boyu görev yapıyordu, yasalar yayımlanıyor ve yasa derlemeleri düzenleniyordu.

3. İşkence ile yargılama ya da düellodan ziyade hemşerilerin yargılamasına dayanan rasyonel bir yargılama usulü kent hukuku ile tanınan haklar arasında yer alıyordu. Keyfi gözaltı ile yasaya aykırı tutuklama yoktu. Borca karşılık bedensel ceza yasaklanmıştı. Cezalandırma türleri sınırlandırılmıştı. Teoride zenginler ve fakirler aynı yargıya tabiydi. Şehirlilerin silahlanma hakları vardı ve yöneticileri seçme hakkına sahiplerdi. Göçmenler de kentte bir yıl bir gün geçirdikten sonra şehirlilerle aynı haklara sahip oluyordu. Yabancı tacirlerin hakları ile şehirli tacirlerin hakları aynıydı.

4. Tipik olarak feodal hizmet ve vergilerden muafiyet ile pek çok verginin sıkıca sınırlandırılması sivil özgürlüklere dâhildi. Üstelik sivil özgürlükler, kraliyetin imtiyazları üzerindeki sınırlamaları da kapsıyordu. Örneğin kral, kent ya da kasaba tarafın-

dan ödenecek sabit bir vergiyi kabul ediyordu ve zorunlu borçlanma yaratması yasaklanıyordu. Hepsinin ötesinde ilkesel olarak şehirlilerin yükümlülükleri en başta belirleniyordu ve şehirliler, spesifik yükümlülüklere tabi olmayan her şeyi muhafaza edebiliyordu.

5. Sivil hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal haklar, halkın kent yönetimine katılmasına ilişkin haklarını da kapsıyordu. Bu da tamamen kabul edilmeyen ama tümüyle de reddedilmeyen, siyasi iktidarın nihayetinde yurttaşların iradesine dayandığını savunan anayasal teori ile bağlantılıydı.

Her ne kadar Avrupa kentlerinin yönetim biçimleri özünde hayli farklı olsa da belli ortak örüntüleri mevcuttu. Yeni kurulan kent ve kasabaların büyük bölümü; yeni yasaların yapılması ve memurların seçilebilmesi için rızaları gereken bütün şehirlilerin katıldığı halk meclislerince yönetiliyordu. Ne var ki, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca Avrupa'da halk meclislerinin yerini konseylerin alması yönünde güçlü bir temayül mevcuttu. Kimi İtalyan kentlerinde, büyük ve küçük konsey olmak üzere iki kent konseyi bulunuyordu. Başlangıçta konseyler, genellikle belirli süreler için seçiliyordu. Daha sonra seçimin yerini kooptasyon aldı. Geniş halk meclisleri kimi zaman arka planda temel yasalardaki değişiklikleri veto etme ya da en azından onaylamama yetkisini elinde tutsa da aristokratik yönetim biçimi demokratik olanın yerini aldı.

Yine başlangıçta, idari memurlar kısa süreliğine seçiliyordu. Ancak pek çok yerde yürütme yetkisinin temerküzüne dair yoğun bir temayül vardı. Kimi İtalyan kentlerinde, *podestá*'lık makamının süresi altı ay ya da bir yıldan daha fazla sürelere uzatılmış ve nihayetinde bazı yerlerde ömür boyu hale gelmiştir. Diğer kentlerde ise, büyük tacirlerin oligarşisi yürütmeye hâkim olmuştur. Nitekim on ikinci yüzyılda Venedik'te Dük ve Küçük Konsey, tam idari yetkiyle donatılmış altı konsey üyesinden oluşmaktayken Dük ile *Collegio* (meclis) 26 departmanın başkanları ile yasamanın 120 Senato üyesi ve Büyük Konsey'in (*Great Council*) 480 üyesinden oluşmaktaydı. Ancak on üçüncü yüzyılda Dük ve Küçük Konsey gibi *Collegio* da *Grandi'nin* (büyük-başlar) kuklası haline geldi ve bir zamanlar şehirlilerin yeminli birliğini ifade eden *popolo* ("halk") terimi, (Venedik'te ve başka pek çok yerde) yönetimden dışlanan hatta yönetime düşman kimseleri ifade etmek için kullanılır oldu.

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda kent yönetimine halkın katılımı yargı teşkilatını kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Almanya'da *Schoeffen,* Hollanda ve Kuzey Fransa'da *échevins,* İtalya'da *consules* denilen kimi kasabalılar, halk yargıçları olarak görev yapmak üzere seçilmiş veya belirlenmiştir. Venedik'te *Council of Forty* (Kırklar Meclisi) ya da *Tribunal* (mahkeme) yargısal meselelerle uğraşmaları için Büyük Konsey (*Great Council*) üyelerinin arasından seçilmiştir. Ancak diğer yerlerde yargıçlar, profesyonel hukukçulardır.

İngiltere'de ise komünal hareket daha güçsüz olduğu ve İtalya, Almanya, Flamanya ve Fransa'nın kimi bölgelerine kıyasla *borough*'lar taca daha bağımlı ve yönetim biçimi bakımından daha az demokratik oldukları halde, kent yetkilileri çoğunlukla seçilmiştir. Londra sakinleri 1131'de kendi şeriflerini ve yüksek hâkimlerini (*justiciar*), 1231'de de belediye başkanlarını seçme hakkını kazanmışlardır.

KENT HUKUKUNUN BÜYÜME KAPASİTESİ

Kent hukukunun dördüncü niteliği, onun büyüme kapasitesi; yani sadece değişme değil aynı zamanda sürekli ve organik olarak gelişme eğilimidir. Bu kapasite ve eğilim, kentin ya da kasabanın geleneklerinin ve muhtelif makamların taahhütlerinin gerektikçe derlenmesine ve sistematize edilmesine yansımıştır. Bu kapasite ayrıca düzenli yasama faaliyeti ile kentin ya da kasabanın yönetim organlarının ve kent bünyesindeki loncaların düzenlemelerinin ve talimatlarının sistematize edilmesinde de görülebilir. Bilinçli büyümenin yerel kaynaklarına ek olarak kent hukuku, Roma hukukundan ve kanon hukukundan da ilham alarak beslenmiştir. Kimi kentler açıkça Roma hukukunu "iktibas" etmiştir. Ancak bu, değiştirilemez kurallar dizisi olmaktan ziyade, daima üniversitelerdeki dinamik Roma hukuku ideali olmuştur. Roma hukuku, yeni ihtiyaçları karşılamak üzere başvurulabilecek hukuki fikirlerin ve ilkelerin alınabileceği bir rezerv olarak görülmüştür; bu yüzden de hukukun bilinçli büyümesinin bir unsurudur.

KENT HUKUKUNUN BİR SİSTEM OLARAK BÜTÜNLÜĞÜ

Kent hukukunun büyüme kapasitesi ve eğilimi, onun, kısmen Roma hukuku ve kanon hukuku sistemlerinden de ilham alan bir hukuk sistemi olarak karakteri ile ilişkiliydi. Özellikle İtalyan

kentlerinde ancak daha az ölçüde olsa da diğer kentlerde kent hukukunun ilk bakışta gelenek (*mos, consuetudo, usus*); daha sonra da vazedilmiş [pozitif] hukuk kuralları temelinde yükseldiği düşünülmüştür. Pozitif kurallar, loncaların ve diğer birliklerin talimatnameleri (*statuta*) ile kentin yasama iktidarının ya da kralların ve imparatorun çıkardığı yasalardır (*leges*). *Statuta* ile *leges* yazılı nitelikleri gereği özel bir önemi haizdir. Bununla birlikte, kamu otoritelerinin emriyle geleneklerin yazıya dökülmesi, zorunlu olarak onların örf ve âdet hukuku olma niteliklerini kaybetmelerine yol açmamıştır. Kanon hukukunda ve dönemin diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi kent hukukunda da hukukun kaynakları arasında bir uyuşmazlık olduğunda, gelenek *statuta*'ya statuta da *lex*'e uymuştur. Loncaların tüzükleri, onları düzenli olarak gözden geçirmelerini emreden kent otoritelerinin onayına ve denetimine tabiydi.

Kent hukukunun diğer nitelikleri kentin ya da kasabanın toplumsal ve ekonomik ilişkilerinin spesifik özelliklerine bağlıydı. Nitekim kentli ya da kasabalı, *"burgage tenure"* yahut *"town tenure"* adı verilen bir çeşit gayrimenkul imtiyazı çerçevesinde arazi ve bina sahibi olma hakkına sahipti. Klanların ya da feodalitenin kesin kurallarının aksine, bu gayrimenkul imtiyazı, mülk üzerinde, on sekizinci yüzyılda "mülkiyet hakkı" (*proptriété, Eigentum*) olarak adlandırılan hakka benzer biçimde onu satmak, kiralamak ya da ipotek etmek gibi iradi tasarrufa izin veriyordu. Ne var ki, on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki arazi ve binaların özel kullanımına dair sınırlamalar, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıldakilerden daha genişti. Zira daha önceki dönemde kentin ekonomik faaliyetleri, bir yandan örf ve âdet hukuku öte yandan loncaların kuralları tarafından sert biçimde düzenleniyordu.

Tarihsel Bir Topluluk Olarak Kent

On yılları aşan bir süredir Amerikalı sosyologlar, kısmen Max Weber'in kent üzerine yazdıklarının İngilizceye çevrilmesinin de etkisiyle, kentin tarihine giderek artan bir ilgi göstermektedir.[54]

---

[54] Bkz. Max Weber, *City*, trans.&ed. Don Martindale and Gertrud Nuewirth (New York, 1958). [Max Weber, *Şehir*, Çev. Musa Ceylan, Yarın Yay., 2012] Martindale Önsöz'ünde (ss. 21, 34-40, 43-45) Amerikan ve İngiliz kent sosyolojisi araştırmalarını karşılaştırarak, Amerikalı sosyologların çağdaş kenti, jeo-fiziki ve ekolojik bir perspektiften incelemeye meyilli olduklarına işaret etmektedir. Amerikalı sosyologlar asıl olarak kentin; aile, yerel birlikler, kültür, toplumsal sınıf (kast) ve statü

Weber, on dokuzuncu yüzyılın sonları yirminci yüzyılın başlarında Batılı kentin tarihine yoğunlaşan ikincil literatürde uzmanlaşmış ve bunu, kendisinin genel toplum teorisi ile sentezlemiş ve bütünleştirmiştir. Yine de Weber'in etkisi tümüyle de yararlı olmamıştır. Zira Weber, seleflerinin kentlerin tarihine dair yaptıkları büyük hataları düzeltememiş; dahası Weber'in genel toplum teorisinin ciddi kusurları bulunmaktadır ve bu kusurlar, teori kent topluluklarına uygulandığında hayli zararlı sonuçlara yol açmaktadır.

Hepsinin ötesinde Weber'in kent teorisi, tarihsel terimlerle yoğrulmuş olsa da Batı'daki kentin en çarpıcı ve ayırıcı niteliğini; tarihsel bilincini az çok açıklamak şöyle dursun, ondan bahsetmemiştir bile. Kentin tarihsel bilinci, kendi tarihsel gelişimine dair farkındalığı, geçmişten geleceğe ilerlediğine dair inancı, kendisinin süregiden ve gelişen niteliğine dair kavrayışıdır. Weber'in teorisi, Batılı kentin bir topluluk olarak, verili bir momentteki, yani "geç Orta Çağlar"da bulunan tarihsel kökenindeki yapısal birliğine işaret ettiği için önemli bir katkı sunmaktadır. Ancak Weber'in Batılı kentin gelişim dinamiklerini; yani Batı'nın kentinin, Roma şehirlerinin, İslam şehirlerinin ve Doğu'nun şehirlerinin aksine kendisinin siyasi, ekonomik ve toplumsal kurumlarının; nesiller ve yüzyıllar boyunca organik bir şekilde gelişimine olan inanca değinmemesi, teorisinin ciddi zayıflıklarındandır.

Weber, her ne kadar Batılı kent tipinin ilkel örnekleriyle nadiren diğer kültürlerde, özellikle Yakındoğu'da karşılaşılabilse de "sözcüğün tam anlamıyla bir kent 'topluluğunun' sadece Garp'ta (Batı'da) [olduğunu]" yazmaktadır. "Tam anlamıyla bir kent topluluğunu kurmak için" der Weber, "yerleşim yerinin görece hâkim ekonomik-ticari ilişkileri yansıtması ve bir bütün olarak yerleşim yerinin şu özellikleri taşıması gerekir: (1) Kale surları (2) Pazaryeri (3) Kendisine ait mahkemeler ile kısmen de olsa özerk

---

üzerindeki ayrıştırıcı etkileri ile yerine gelen iş ve mesleğe dayanan düzenle ilgilendiklerini belirtir. Avrupa'da ise aksine Simmel ve Durkheim gibi sosyologlar kentin sosyo-psikolojik niteliklerini (dakikliği, hesaplanabilirliği ve hatasızlığı yüceltmesi ile "hiçbir şeyden zevk almayan" "bezgin" tutumu, yüzeyselliği, anomisi ve kuralsızlığı) vurgularken; Fustel de Coulanges ile Weber'i izleyen diğer sosyologlar tarihselci ve karşılaştırmalı bir tavır almıştır. Martindale, podestálık kurumu sisteminin tarihi gelişimine ilişkin bilginin, yirminci yüzyılın başlarında Amerikalıların, belediye başkanı ve kent konseyi ile yerel yöneticinin rolünü yanlış yorumlamaktan kaçınmalarını nasıl sağladığını göstermiştir.

bir hukuk (4) Bununla ilişkili bir birlik formu (5) En azından kısmi özerk yönetim ile kendi kendini yönetme; kentte yaşayanların seçtiği yöneticilerin varlığı". Weber'e göre böylesine özgün bir sistem ancak belirli bir zamanda ve belirli koşullar altında, yani Orta Çağ Avrupa'sında ortaya çıkabilirdi.[55]

Weber'in Batı'nın "tam anlamıyla kent topluluğu"na atfettiği kurucu unsurlar, onun yapısal entegrasyonunu yansıtmaktadır ancak kentin dinamik karakterinin, zaman içindeki gelişiminin sebeplerini açıklamamaktadır. Bu unsurlar, on ikinci yüzyılın kentinin nasıl ve ne zaman on altıncı ve yirminci yüzyılların kentine evrildiğini izah edememektedir. Oysa yirminci yüzyılın kentinin karakteristik özelliklerinin çoğu, on ikinci yüzyılınkiler ile aynıdır yahut en azından devamıdır. Öte yandan başka bazılarının ise türü değil de derecesi özünde çok farklıdır. Tipik bir yirminci yüzyıl kentinin temel özellikleri şunlardır: (1) Hukuki kişiliği ile dava etme ve edilebilme, mülk sahibi olma, sözleşme yapma, mal ve hizmet alımı, istihdam sağlama ve borç alma kapasitesi olan bir korporasyondur. (2) Siyasi bir varlıktır, belediye başkanı ya da kent yöneticisi ile seçilmiş bir meclis tarafından yönetilir. Yöneticiler, memurlarını istihdam edebilir, vergi salabilir, kamulaştırma yapabilir ve diğer idari eylem ve işleri yerine getirir. (3) Ekonomik bir birimdir, genellikle su, gaz, elektrik, toplu taşıma gibi hizmetleri sağlar ya da denetler, bayındırlık ve iskânı düzenler, ekonomik girişimlerin nerede yer alacağını belirler. (4) Eğitim, sağlık, fakirlerin desteklenmesi ve kamusal eğlence ve dinlenme faaliyetleri gibi hizmetler de dâhil olmak üzere toplumsal refahı artırmaya uğraşan bir kuruluştur. Yirminci yüzyıldaki torunları gibi, on ikinci yüzyılın Avrupa kentleri de kurumsal, siyasi, ekonomik ve sosyal varlıklardı; ancak bu rolleri yerine getirebilecek menzilleri bugünün kentlerine oranla çok daha sınırlıydı. Bugün bir kentin yaptıklarının çoğu o zaman da kentte, loncalar kiliseler hatta geniş aileler tarafından yapılıyordu. Üstelik bugünün kenti, on ikinci yüzyılda vücut bulmaya başlayan modern ulus devletle daha fazla bütünleşmiş, modern ulus devletin çok daha fazla temsilcisi haline gelmiştir. Yine de bütün bu farklılıklara rağmen, bugünün kenti; kaynağını Papalık Devrimi döneminde yaratılan ya da yeniden yaratılan kent ve kasabalardan organik büyümesinden almış, gelişmiştir. Bu bü-

---

[55] Weber, *City*, ss. 54-55.

yüme süreci ise kentsel topluluk olarak kentin karakterinin bir parçasıdır.

Batılı kentin gelişimi, onun özfarkındalığına; yani tarihsel devamlılık ve gelişme algısına, bir topluluk olarak süregiden karakterine ve geçmişten geleceğe ilerlemesine atıf yapılmadan açıklanamaz. Tarihsel olarak bu, Papalık Devrimi'nin öncelikle dinî boyutuyla ve özellikle kilisenin, seküler düzeni aşamalı olarak yeniden biçimlendirme ve kurtarma görevi ile ilişkilidir. İkinci olarak, Papalık Devrimi'nin siyasi boyutuyla ve özellikle de özerk seküler yönetimlerin bir arada olabileceğine duyulan inançla ilişkilidir. Kentlilerin; kralın, feodal ilişkilerin ve hatta kilisenin otoritesinden bağımsız kent komünlerini kurmalarını hem acil hem de mümkün kılan da bu inançtır. Böylesi bir şey papalık, krallığı kutsallığından arındırmadan evvel düşünülemezdi bile. Batılı kentin gelişimi üçüncü olarak, Papalık Devrimi'nin hukuki boyutu ve özellikle de seküler düzenlerin, yeniden biçimlendirilmesi ve kurtarılması gerektiğine duyulan inançla ilişkiliydi. Bu da ancak, kargaşa ve adaletsizlikle baş edebilmeleri için seküler düzenlerde sürekli ve ilerlemeci hukuki kurumların meydana getirilmesi ve yasaların revizyonu ile mümkündü.

Tuhaf olan şu ki, Weber sonraki bölümlerinden birisinde, Orta Çağ'daki Batı kentinin benzersizliğinin kurucu unsurlarına ilişkin kendi görüşü ile çelişmiştir. Çelişkisinin farkında olmadan, en başta "sadece Batı'da ortaya çıktığını" söylediği "tam anlamıyla kent topluğunun" beş ayırıcı özelliğini Asya tipi şehirlerle Doğu'nun şehirlerine de atfetmiştir. Weber, Asya tipi şehirlerle Doğu'nun şehirlerinde de bir kale ile pazaryerinin olduğunu belirtmektedir. Bu şehirler, arazinin hiçbir sınırlama olmaksızın devredilebildiği, ipoteksiz olarak miras bırakıldığı yahut sadece sabit bir kira karşılığında verilebildiği ve bir hizmet karşılığı elde tutulan çiftlikleri de bünyesinde bulundurmaktadır, yani feodal olmayan bir kullanım hakkı söz konusudur. Bu şehirlerin de muhtemelen, en azından kısmen özerk ve kendi kendilerini yönettikleri birliklerinin biçimini belirleyen kendi "özerk anayasaları" vardır.[56] Bütün bu açılardan bakıldığında, Orta Çağ'ın batı kentleri ile Asya tipi benzerleri arasındaki farklılıklar, Weber'e göre, sadece derece farklılığıydı. Weber'in en nihayetinde ulaştığı sonuç, Batı'nın kentini diğerlerinden "kesinlikle" ayırt eden

[56] Bkz. William Bennet Munro, *The Government of American Cities* (New York, 1926).

özelliğinin kişinin hukuki durumu olduğudur; yani Batı'daki kentlinin *özgürlüğü*'dür.[57] Weber, serflerin; sabık lordlarının mecbur ettiği askerî ve diğer yükümlülüklerden kurtulmak için kentlere göç etmesinin herkesin iyiliğine olduğunu ifade etmektedir. "Böylece kentliler, lordun hukukuna karşı çıkma haklarını zorla almışlardır. Bu, Orta Çağ'ın Batı kentlerinin diğerlerinden farklı olarak gerçekleştirdiği en büyük devrimci yeniliktir".[58] Weber, devamla "kırsal aristokrasi ile statü ilişkilerinin kesilmesinin" yerel korporasyonların, yasal olarak özerk komünlerin oluşumuyla ilişkili olduğunu söylemektedir. "Bir polisin ya da komünün kuruluşunun benzeri ön aşamaları Asya ve Afrika'da tekrar tekrar ortaya çıkabilir", diye de ekler ("Ön" ve "çıkabilir" sözcüklerinin ihtiyatlı kullanımı not edilmelidir). "Ne var ki, [Asya ve Afrika'daki] şehirlilerin hukuki statülerine ilişkin hiçbir şey bilinmemektedir".[59]

Weber, en sonunda, Batı kentinin yükselişinde Batı hukukunun hayati bir rolünün olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca görünen o ki, Weber ancak dolaylı olarak ilgilendiği Batı dininin de hayati bir rolünün olduğunu fark etmiştir. Asya tipi kültürlerde, Çin ve Hindistan dâhil, kentin bütün sakinlerini homojen statülü bir grupta bir araya getirmenin imkânsız olduğuna işaret etmiştir. "Asya tipi kentlerden farklı olarak Akdeniz kentlerindeki kentlilerin olağandışı özgürlüklerinin sebeplerinin en önemlisi" der Weber, "sihirci ve animistik kastlarla akrabalığın baskılarının olmamasıdır. Kent sakinlerinin homojen bir grup içinde erimelerini önleyen toplumsal oluşumlar çeşitlidir. Çin'de bu egzogami (dışarıdan evlilik) ve *endophratric* (kabile içi) akrabalık; Hindistan'da ise .... endogamik (iç evlilik) kasttır.[60] Weber burada, kent kültünün yemeğini aile kültünün yemeği ile ikame ederek eski Yunan ve Roma kentlerinin yurttaşlığın dinî kurumlarını inşa ettiklerini söyleyen Fustel de Coulanges'in çalışmasını kaynak almıştır.[61] Yine de Weber, dinî faktörün hukuki ve siyasi faktörleri ile olan ilişkisine dair hiçbir açıklama sunmamaktadır. Bilhassa da eski Yunan ve Roma kentlerinin köleliğe dayandığı gerçeği ile yüzleşmemiştir ve "kentlilerin olağandışı özgürlüğünün" "Ak-

---

[57] Weber, *City*, s. 91.
[58] Ibid., ss. 92, 93.
[59] Ibid., s. 94.
[60] Ibid., s. 96.
[61] Ibid., s. 97.

deniz kentlerinin" değil fakat on birinci yüzyıl ve sonrasındaki Batı Avrupa kentlerinin ayırıcı özelliği olduğuna değinmemiştir. Nitekim Weber, Batı'daki kentsel özgürlüklerin ortaya çıkışının, bir yandan kilise yönetiminin kendisinin bütün seküler yönetimlerden bağımsız olduğunu ilan ettiği, öte yandan seküler yönetim kavramının ilk kez ortaya çıktığı ve bunların yeniden düzenlenebilir ve kurtarılabilir olduğunun söylendiği *dindeki* devrimci değişimin bir parçası olduğunu açıklamaktan imtina etmiştir.

Weber neden hukukun ve dinin Batı kentinin kökeninde ve gelişiminde oynadığı rolün önemini küçümsemiştir? Neden Batı'nın tarihsel bilincini, yani dinî ve hukuki kurumların nesiller ve yüzyıllar boyunca organik olarak gelişeceğine duyduğu inancı bütünüyle görmezden gelmiştir?

Karl Marx, dinî ve hukuki bilinçteki değişimler dâhil olmak üzere toplumsal bilinçteki değişimi, ekonomik gereksinimleri karşılamak için yapılan teknolojik değişikliklere (üretim biçimi) ve bu teknolojilerin denetimini sağlamak için verilen sınıf mücadelesine (üretim ilişkileri) dayandırmıştır. Weber, kendi açısından toplumsal bilinci belirleyen maddi ekonomik güçlere ek olarak, maddi siyasi güçlerin de olduğuna inanmaktadır. Başka deyişle, siyasi iktidarın gücünün bağımsız, nesnel bir güç olduğuna ve Marx'ın ileri sürdüğünün aksine sadece ekonomik gücün yansıması olmadığına inanmaktadır. Weber'e göre, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında Batı kentinin yükselişinin sebebi, sadece serflerin malikânedeki lordlarına karşı çıkmalarına neden olan üretim biçimindeki değişiklikler (esnaf ve zanaatkâr üretimi) değil fakat aynı zamanda yeni siyasi ilişkilerin ortaya çıkmasıdır. Weber, soyluların kentlerin kurulmasını ve gelişmesini desteklemek için sebeplerinin olduğunu anlayabiliyordu. Ancak Marx gibi Weber de bilincin, özellikle hukuki ve dinî bilincin, hâkimiyet sağlamanın zorunlu araçlarından olduğuna inanmaktadır. Daha önemlisi, Marx gibi Weber de kentlerin kurulması fikrinin, kentlerde komünal bilincin büyümesinin ve bir yandan kentsel bilinci gösteren, öte yandan yönetici sınıfların ekonomik ve politik iktidarlarını sürdürmelerini sağlayan dinî ve hukuki kurumların gelişmesinin; hepsiyle birlikte maddi olmayan (ruhani, ideolojik) "üstyapının" "maddi" (maddi ve ekonomik) bir "temel" üzerine inşa edildiğine inanmaktadır.

Öte yandan Batılı hukuki kurumlar ne sadece üstyapı olarak ne de sadece ideoloji olarak tatmin edici biçimde açıklanabilir.

Gerçekten, Batı tarihini maddi bir temel ile ideolojik üstyapı arasında ayrıma dayandıran herhangi bir yorum Batı hukuk geleneğini açıklamakta yetersiz kalacaktır. Ancak bu, toplumsal bilincin değerlerinin, fikirlerinin, inançlarının, kavramlarının ve diğer formlarının, tabiri caizse, öncelikli olmadığı ve ekonomik ve toplumsal hayatta değişikliklere "sebep" olmadığı -bu bağlamda hukuki kurumlar yaratmadığı- anlamına gelmez. Batı'nın hukuki kurumları, *ne* sadece öteden beridir mevcut olan kavramların gösterildiği idealist terimlerle *ne de* sadece ekonomik ve siyasi iktidarın uygulanması aracı olarak maddi (materyalist) terimlerle açıklanabilir. Batı'nın hukuki kurumları, tatmin edici biçimde ancak idealizmi ve materyalizmi kapsayan ama onların da ötesine geçen terimlerle açıklanabilir.

Geleneksel toplumsal teorinin temel toplumsal, ekonomik ve siyasi koşullardaki değişikliklerin tek başlarına tarihsel değişime sebep olduğu varsayımı, hatalıdır. Aslında tek başına toplumsal, ekonomik ve siyasi koşullar (ya da güçler) diye bir şey yoktur; bunlar daima bir idrak (algı) ve sezgi (duygu) bağlamının bir parçasıdır. Zira toplumsal bir mesele olarak -tek başına- değerler, fikirler, inançlar yoktur, bunlar daima "maddi çıkarlarla" birbirlerine bağlanmıştır. İktidar da bir fikirdir, adalet de bir güçtür. Hiçbiri, sözcüğün somut-bilimsel anlamıyla diğerine *sebep olmaz*.

Büyük tarihsel bir değişikliğin *neden* meydana geldiğini anlamak için fikirler ile somut (fiziki) durumun zaman ve koşullarla olan ilişkisinin ötesine gidilmeli; onlar sadece tasvir edilmemeli fakat aynı zamanda tarihsel önemleri, geçmişteki ve gelecekteki anlamları göz önüne serilmelidir. Böylece kentin kurumsal karakterini ortaya koyan hukuki kurumları, kentin malvarlığının devredilebilmesi ve kentlilerin özgürlükleri kısmen fikirlerin ve değerlerin tezahürü kısmen de ekonomik ve siyasi iktidarın aracı olarak anlaşılmalıdır. Ancak bunlar aynı zamanda kayda değer tarihsel olaylar ve tarihsel olayların dikkate değer sekansları olarak da anlaşılmalıdır. Kentin hukuki kurumları sadece "tezahür" ya da "araç" değildir; onlar *olmuştur* ve ne zaman ve nerede olduklarını ve daha büyük hangi vakaların bir parçası olarak olduklarını bilmek; *neden* olduklarını anlamayı sağlayacaktır. Gerçekten de Batı kentinin hukuki kurumları başka türlü tatmin edici biçimde açıklanamaz. Üstelik nesnel materyalist "neden?" ile öznel idealist "neden?"e ek olarak bir de tarihsel "neden?" vardır. Bu öyle bir "neden?" sorusudur ki, araştırmanın içsel ve dışsal boyutlarına geçmiş ve gelecek boyutlarını da ekler.

13 | Kraliyet Hukuku: Sicilya, İngiltere, Normandiya, Fransa

Papalık Devrimi, Batı Hıristiyan âleminde yeni bir krallık kavramını doğurmuştur. Kral artık kilisenin başındaki en üstün iktidar değildir ve "kutsal krallık" çağı aşama aşama sona ermiştir. "Ruhani" olarak adlandırılan işlerin başındaki ve sadece kralların değil, hepsinin hâkimi olan imparatorun da üzerindeki en yetkili kişi (artık) Roma piskoposudur. İlk görevleri memleketlerinde barışı sağlamak; yani şiddeti kontrol etmek, ikinci görevleri ise adaleti tesis etmek; yani siyasi ve ekonomik alanları yönetmek olan imparatorlar ve krallar ilk defa "seküler" yöneticiler olarak kabul edilmiştir. Daha da önemlisi, bütün bu meselelerde dahi kilisenin önemli bir rol oynamasıdır.

Ancak krallığın dinî meseleler üzerindeki otoritesinin azalması, krallığın diğer seküler yönetimler -kabileler, yereller, feodal yönetimler ve kentler- üzerindeki otoritesinin önemli derecede artmasıyla telafi edilmiştir. Strayer'ın sözleriyle "Gregoryen Kilise kavramı âdeta Devlet kavramının icadını zorunlu kılmıştır".[1] Dini ve seküler yönetimlerin ayrılması, kralın artık kabilenin (ya da kabileler federasyonunun) savaşçı şefi ve feodal hiyerarşide en üstün baron olmadığı ancak toprağa bağlı (teritoryal) bir hâkimiyeti ifade eden krallık kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Daha önceleri kral "akil adamlarını" ve topraklarını kendisinden kiralayan derebeylerini doğrudan; onlar aracılığı ile de yerel liderleri, alt-vasalları ve onların uyruklarını yalnızca dolaylı olarak yönetirdi. Bununla birlikte kral, memurları aracılığıyla egemen olduğu topraklar üzerindeki bütün halkı, en azından özgür adamları doğrudan yönetmiştir. Bu ise Güney İtalya, İngiltere ve Normandiya'daki Norman hükümdarlar açısından nesiller alan aşamalı bir süreçti; Fransa ve Almanya toprakları bakımından da başka nesiller alan aşamalı bir süreçti.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki yeni krallık anlayışı,

---

[1] Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, N.J., 1970), s. 22.

kralın yasakoyucu rolünün ilk defa tanınmasını da kapsamaktadır. Avrupa kralları ilk defa düzenli olarak yasa çıkarmaya ve çıkardıkları yasaları eski geleneklerin yazıya dökülmesi ya da acil durumlarla baş etmek için başvurulan olağandışı araçlar olarak değil de krallık fonksiyonunun normal uygulanışı ile kralın barışı koruma ve adaleti tesisi etme görevinin asli unsurlarından birisi olarak gerekçelendirmeye başlamıştır. Krallığın yasama faaliyeti, genel olarak kraliyet yönetiminden, maliyesinden, askerî ve siyasi faaliyetlerinden bağımsızlaşmıştır.

Kraliyet yönetimi profesyonelleşmiş ve bölümlere ayrılmıştır, bir anlamda bürokratikleşmiştir. Yasa yapımı ise *King's Council* (Kral'ın Konseyi) adı verilen yeni bir profesyonel kurumun aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Kralın Konseyi, kabilelerin danışma meclislerinden ve büyük feodal meclislerden daha küçüktür ve hayli farklıdır. Benzer biçimde krallığın geleneksel yargı fonksiyonu da profesyonelleşmiş; merkezî krallık mahkemeleri, *King's Council*'den ayrılmıştır. "Kralın mahkemesi" (*curia regis*) adı, kralın hane halkından alınmış ve bir bütün olarak yasama, yürütme ya da yargı faaliyetini yürüten kraliyet görevlilerine verilmiştir. Kralın hane halkındaki görevliler, idari bölümlerin başına geçmiştir (sekreter danışma meclisinin; mâli görevli hazinenin başı olmuştur vb.).[2]

Yeni krallık kavramının hukuki boyutu, 1075 yılında VII. Gregorius'un "Papa'nın Buyrukları" ile yürürlüğe soktuğu papalığın yeni hukuki boyutuna çok şey borçludur. Papa, kurumsal kilisenin başıydı ve kiliseyi yöneten hukuk gövdesine yasama faaliyeti ve yargı kararları ile katkıda bulunuyordu. İşte krallar da tıpkı papa gibi, kendi krallıklarını hukuk aracılığıyla birleştirmenin yollarını aramış; papa gibi krallar da hukuka yasama faaliyeti ve yargı kararları ile katkıda bulunmuştur. Yine papalar gibi krallar da özellikle bu görevlere atanan yetişmiş profesyonel görevlileri suretiyle yasa yapmış ve hüküm vermişlerdir.

Zaman zaman yasakoyucu olarak kral kavramının, on birinci yüzyılın sonlarında Iustinianus'un Roma hukuku metinlerinin keşfedilmesinin ve Avrupa üniversitelerinde yeni bir Roma hukuku biliminin gelişmesinin sonucu olduğu ileri sürülmüştür. Bu tezde ufak bir gerçeklik payı mevcuttur. Birincisi, krallığın yasakoyma iktidarını savunanlar, bu yetkiyi meşrulaştırabilmek için dönüp Roma metinlerine bakmıştır; ikincisi ise krallar, kendi ya-

---

[2] Ibid., s. 33.

sama faaliyetleri için gerekli pek çok terimi Roma hukuku lügatinde bulmuşlardır. Ne var ki, papalığın yasakoyucuları da kentlerin yasakoyucuları da aynısını yapmıştır. "Roma hukukundan kaynaklanan argüman" söylendiği biçimiyle neyse odur; bir argüman, bir gerekçedir, bir sebep ya da saik değildir. Ne var ki, krallığın yasama iktidarının gelişmesinin sebebinin ve saikinin esas itibarıyla Roma hukukunun keşfine atfedilemeyeceği de ortadadır. Zira krallığın yasama iktidarı, Roma hukukunun yeniden canlanışının, diyelim Fransa'dan daha güçsüz olduğu İngiltere, Normandiya ve Sicilya'daki Norman Krallığında bariz biçimde mevcuttur. Kaldı ki Roma hukuku en güçlü haliyle Kuzey İtalya'da yeniden canlanmıştır ancak buna rağmen imparatorluğun yasama iktidarı iptidai kalmış; krallıksa hiç var olmamıştır.

Krallığın teritoryal ve hukuki kavramlarının bileşimi, Avrupa'nın her krallığının bünyesinde bir kraliyet hukukunun doğmasına sebep olmuştur. Krallar hüküm sürdükleri topraklar üzerinde yargı yetkisi bulunan merkezî hukuk mahkemeleri kurmuşlar ve bu mahkemelerde uygulanacak yasaları çıkarmışlardır. Kraliyet mahkemeleri, kralların çıkardıkları yasaları uygulamanın yanı sıra Kara Avrupasında bağlayıcı olduğu düşünülen "kara hukukunun" (*lex terrae*) kavram, ilke ve kurallar ile yeni hukuk bilimine uygun olarak örf ve âdetten, akıldan ve vicdandan çıkardıkları kavram, ilke ve kuralları da uygulamışlardır. Bu hukuk bilimi, üniversitelerin yeni Roma hukuku ile kilisenin yeni kanon hukuku aracılığıyla yayılmıştır.

Avrupa'nın çeşitli krallıklarında, kralın ve kralın mahkemelerinin *common law*'u aşama aşama krallık topraklarındaki kabilelerin hukukunun ve yerel ve bölgesel hukukların bambaşka olan özelliklerinin yerini almıştır. Örneğin İngiltere'de, on ikinci yüzyılın başlarında İngiliz hukuku Wessex hukuku, Mercia hukuku, Dan hukuku olarak henüz ayrılırken, krallık hukuku hepsinin yerini almıştır. Sicilya'da, Yunanlar'ın, Araplar'ın, Lombardlar'ın ve Normanlar'ın yasaları, 1112'den 1154'e kadar hüküm süren II. Roger'ın hukukuna (*common law*) tabi olmuştur. Roger, on ikinci yüzyılın yasakoyan en büyük krallarından ilkiydi. Onu, on ikinci yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'de II. Henry (1154-1189), Almanya'da Frederick Barbarossa (1152-1190), Fransa'da Phillip Augustus (1180-1223), Flamanya'da Kont Philip (1169-1190) ve on üçüncü yüzyılda Sicilya ile Almanya'da II. Frederick (1208-1250), İngiltere'de III. Henry (1216-1272) ile I. Edward (1272-1307), Fransa'da IX. Louis (1226-1270), Castile ve Léon'da ise III.

Ferdinand (1217-1252) ile X. Alfonso (1252-1284) takip etmiştir. Çok sonraki yasakoyucuların aksine bu krallar, öncelikli olarak kraliyet mahkemelerinde uygulanacak olan usulleri ve çözüm yollarını belirlemişlerdir. Bununla birlikte on ikinci ve on üçüncü yüzyılların Avrupalı monarklarının yürürlüğe soktukları yasama faaliyetlerinin listesi etkileyicidir (Bkz. 2. Tablo).

On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarından önce, krallıklar, kraliyet görevlileri tarafından uygulanan hukuk aracılığıyla değil fakat bizzat kralın kendisi ve onun kutsal karakterine ve mucizevî güçlerine duyulan inanç sayesinde hiç birlik olmadıkları ölçüde birlik olmuştu. Bu olgu daha önceki dönemde krallığın seyyah karakteriyle çarpıcı biçimde görülmektedir: Krallar, krallık topraklarında isyanları bastırmak ve adaleti tesis etmek için durmadan seyahat ederlerdi. Kralların kırsaldaki vasalları olan büyük lordlar ise kralın memuru ya da temsilcisi değil özerk yöneticilerdi. Elbette istisnalar vardı, mesela Charlemagne, ancak Cermen döneminin imparator ve kralları, bir yandan uyruklarının ruhani birliğini, bugünkü terminoloji ile ideolojik birliklerini; öte yandansa kuzeyden, güneyden ve doğudan gelen dinsizlerin işgallerine direnen askerî birliği temsil ederlerdi. Ekonomik, siyasi ve hepsinin ötesinde hukuki bir birlik ise neredeyse hiç yoktu. On birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyılın başlarında dramatik biçimde değişen tam da bu durumdu. Avrupa'nın pek çok bölgesinde krallık, daha küçük seküler yönetimlerle karşılaştırıldığında ekonomik, siyasi ve hukuki iktidar da dâhil olmak üzere seküler iktidarı geniş ölçüde eline geçirirken, kilise birliği üzerindeki üstün vesayet papalığın imtiyazı haline geldi.

Bu nedenle Alman tarihçi Heinrich Mitteis "on ikinci yüzyıl henüz kurumsal varlık ya da hukuki bir kişi olarak soyut [seküler] devlet kavramına henüz ulaşmamıştı" derken haklıydı. Mitteis, "Atama Mücadelesi, işlevi ve yetkinliği çerçevesinde daha geniş bir devlet kavramının doğmasını sağlamıştır" derken de haklıydı. Ancak "pagan geçmişten devralınan ve erken Orta Çağ'da muhafaza edilen kralın kutsal karakterine ve mucizevî güçlerine olan inanç, Atama Mücadelesi sırasında da sürmüştür"[3] derken o kadar da haklı değildir. Bu ifade, on ikinci yüzyıl

[3] Heinrich Mitteis, *The State in the Middle Ages,* trans. H.F. Orton (Amsterdam, 1975), s. 307. Ayrıca bkz. Strayer, *Medieval Origins,* s. 12 "Modern devletin temeli,

daha sonraki zamanla, diyelim on dördüncü yüzyıl ve sonrasıyla kıyaslansa idi doğru olabilirdi ancak kıyaslama on ikinci yüzyıl ile Atama Mücadelesi'nden yüzyıllar öncesi arasında yapıldığı için doğru değildir. Sadece Salisbury'li John'un *Policraticus*'u ile *Norman Anonymous* arasındaki zıtlığın hatırlanması yeterlidir. "On ikinci yüzyılın hükümdarlarının politikaya karşı giderek artan biçimde seküler bir yaklaşım benimsediklerinin" doğru olduğunu ve seküler devlet kavramının "kralın hane halkındaki görevliler[in] -özellikle İngiltere ve Fransa'da- uzmanlaşmış sürekli yöneticilerden oluşan yakın bir konsey haline gelme eğiliminde" görüldüğünü bizzat Mitteis yazmaktadır.[4] Ne var ki, olan bundan daha fazlasıdır. Bizatihi hükümdar, Azo'nun belirttiği gibi *imperium*'u, kendisinin *iurisdictio*'suyla, meşru otoritesiyle en azından teoride sınırlanmış anayasal bir figür, hukuken tanımlanmış devlet memuru haline gelmiştir. Kralın iktidarı, uyruklarının kralın haksız emirlerine direnme, hatta Tiran-kralı (*rex tyrannus*) öldürme hakları ile de anayasal olarak sınırlandırılmıştır.

Elbette uyrukların anayasal hakları, tek tek uyrukların onları ileri sürebilme güçleri olmadığı için fazlasıyla teoride kalmıştı. Yine de kraliyet iktidarına yönelik, esaslı pratik sınırlamalar vardı. Bu sınırlamaları, kısmen ertelemeyi, tartışmayı ve itaat sembollerini besleyen iletişim güçlükleri, kısmen de tek tek uyrukların ait oldukları muhtelif topluluklar -feodal soylular, kasabalılar, tacirler, ruhbanlar ile üyelerinin sadakatini talep eden yerel, bölgesel, kabilesel topluluklar gibi- dayatıyordu. Daha sonraki yüzyıllarda bu topluluklar, nihayet krala tavsiye veren ve bazen karşı çıkan meclislerde ("parlamento") temsil edilmeyi talep ederken ve çeşitli sınıflar da politik temsilden tamamen ayrı biçimde kralın daima hesaba katmak zorunda olduğu "tabakalar"ı ya da "zümreler"i oluşturdular. Kraliyet iktidarı üzerindeki böylesi sınırlama pratikleri, Sicilya Norman Krallığı'nda olduğu gibi Tiranlık teorisinin ileri sürüldüğü yerlerde dahi önemliydi. Bir yazarın Sicilya'daki siyaseti -hem de krallık despotizmi zirvesindeyken- isabetli biçimde tarif ettiği gibi "ayrıcalıklı sınıflar ile monarşi arasındaki dinamik gerilim, taçla topluluk arasındaki ilişkilerin sürekli olarak yeniden ve yeniden müzakere edilme-

---

bugün onunla nerede karşılaşırsak karşılaşalım, Avrupa'da 110-1600 yılları arasında beliren örüntülere dayanmaktadır".

[4] Mitteis, *State*, ss. 307-308.

siydi".[5] Hatta bu tanım, dönemin diğer seküler teritoryal monarşileri açısından çok daha yerindedir.

Özetle, Batı Hıristiyan âleminin pek çok bölgesinde on birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılda yeni bir tür siyasi topluluk ortaya çıktı; seküler teritoryal krallık. Bu yeni türdeki siyasi topluluğun dokuz ayırıcı özelliği bulunmaktadır:

1. Kral artık egemenlik alanındaki en üstün ruhani lider değildir ancak ruhani meselelerde başında papanın bulunduğu Roma Kilisesi'ne tabi seküler (ya da fâni) bir liderdir.

2. Kral artık önde gelen akil adamları, savaşçıları ve topraklarını kendisinden alan vasalları arasında birinci değildir (eşitler arasında birinci değildir) ancak kendi topraklarındaki bütün uyruklarını doğrudan yönetme iktidarına sahiptir.

3. Bütün uyruklarının dünyevi lideri olarak kralın başlıca görevleri barışı korumak ve adaleti tesis etmekti; bunun pratikteki anlamı şiddetin denetlenmesi ve toprak sahipleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesidir.

4. Kral bunları ve diğer görevlerini, daha önce olduğu gibi yetkilerini kalıtımsal olarak alan feodal soylular aracılığıyla değil profesyonel saray yargıçları da dâhil olmak üzere profesyonel saray memurlarından oluşan kurumlar ile profesyonel saray personeli aracılığıyla yerine getirmiştir.

5. Kral ayrıca ilk kez yasama görev ve yetkisini ileri sürmüş, yani ihtiyaç hâsıl oldukça az ya da çok belirli aralıklarla yeni yasa çıkarmıştır.

6. Tıpkı başında Roma piskoposu bulunan kilise-devlet gibi, belediye başkanı, konseyler ve diğer memurlar tarafından yönetilen kent-devletleri gibi kral-devlet de profesyonel yargı ve yasamanın yardımıyla kendi hukukunu geliştirmiştir.

7. Siyaset ve hukuk *teorisinde,* kralın yetkileri anayasal sınırlamalara tabidir; buna yargı yetkisindeki sınırlamalar ile bu yetkilerini kullanmasına ilişkin sınırlamalar da dâhildir. Dahası bu sınırlamalar, teoride uyruklara kralın haksız emirlerine direnme; hatta Tiran-krala şiddet kullanarak direnme hakkı ve görevi verilmesine kadar uzanmıştır.

---

[5] James M. Powell, ed. and trans. *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Fredercik II for the Kingdom of Sicily in 1231* (Syracuse, N.Y., 1971), s. xxxviii.

8. Siyaset ve hukuk *pratiğinde*, kralın yetkileri, krallıkta yaşayan çeşitli topluluklarca sınırlandırılmıştır; buna yetkileri krallığın teirtoryal sınırlarını aşan bir sınıf da -ruhban- dâhildir. Tacir sınıfının iktidarı da boyutları da uluslararasıdır.

9. Krallar uluslararası profesyonel bir elit (seçkin sınıf) oluşturmuşlardır. Krallar çoğunlukla kan bağıyla hısımdır ve bir kralın, kraliyet ailesinin ya da Avrupa'nın diğer kraliyet ailelerinin bir üyesinden başka birisiyle evlenmesi hayli olağandışıdır. Krallıklar arası ağ içindeki bu evlilikler kralın, krallığın teoride ve uygulamada ne anlama geldiğine dair bilincini kesinlikle güçlendirmiştir. Her biri diğerini evlilik yoluyla kurulabilecek potansiyel ittifaklar olarak görmüştür. Dahası her biri meşruiyetini kısmen diğerleri tarafından kral olarak tanınmakla kazanmıştır. Bu, her devletin devlet olma karakterini, devletler sistemine ve uluslararası hukuka katılmaktan aldığı modern Avrupa devletler sisteminin gelişiminin ilk basamağıydı ve devlet egemenliği olarak tanımlanmıştı.

On birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında batı Avrupa'da ortaya çıkan bu yeni türdeki krallığın genel özellikleri çeşitli Batı krallıklarında pek çok farklı biçimde tezahür etmiştir: Sicilya (Güney İtalya dâhil olmak üzere), İngiltere, Normandiya, Fransa, Alman dükalıkları, Flamanya, Kuzey İspanya krallıkları, Danimarka ve Macaristan. Bu listenin kendisi bizzat göstermektedir ki, cinsin bünyesinde çok çeşitli türler bulunmaktadır.

Sicilya Norman Krallığı

On birinci yüzyılın ilk onlu yıllarında Norman şövalyeleri, birer birer ve küçük gruplar halinde paralı asker olarak hizmet etmek ve servet kazanmak için Normandiya'dan İtalya'ya gitmeye başladılar. Bunların arasında Tancred de Hauteville adında önemsiz bir Norman baronun on bir oğlu da bulunuyordu. Tancred'in oğulları sayıları giderek artan Norman köylüleri ve yerel paralı askerlerle birlikte Apulia, Calabria ve Capua'ya başarılı askerî saldırıları yönettiler. 1050'lerde bu oğullar Güney İtalya yarımadasının büyük bölümünün hükümdarı olmuştu ve Sicilya'ya saldırmaya hazırlanıyorlardı.

Yüzyıllar boyunca İtalya'da Roma'nın güneyi, ya Bizanslıların ya da İslam halifelerinin yahut her ikisinin yönetimi altında olmuştu ve nüfusun büyük çoğunluğu Araplar'dan, Yunan-

lar'dan ve Latinler'den ve daha az sayıda Yahudi'den oluşmaktaydı. Kimi bölgeler de Lombardlar'ın yönetimi altındaydı. Normanlar sahneye çıktığında manzara buydu. Ne var ki, 1050'lerde papalık, imparatorluğun prangalarından kurtulmaya hazırlanıyor; hatta Kutsal Mezarı (İsa'nın mezarının bulunduğuna inanılan kilise) Müslümanlar'dan kurtarmak için bir haçlı seferi düzenlemenin düşünü kuruyordu. Gözlerini Güney İtalya'ya dikmişti. 1053'te Papa IX. Leo, binden fazla Swabyalı, Lombard ve diğer paralı askerlerden oluşan bir orduya liderlik etmiş ve nihayet bu haydut ve çapulcu Normanları durduracağını düşünerek baltayı taşa vurmuştur. Papalık birlikleri, Napoli'nin doğusundaki Civitate'de katledilmiştir.[6]

Papalık bundan sonra farklı bir yol izlemiş, Norman liderleri imparatora karşı yürütülecek olan eli kulağındaki mücadelede müttefik olarak kaydetmiştir. 1059'da Apulia'daki Melfi'de bir sinod toplanmış, Papa II. Nicholas Tancred'in oğullarından ikisini, Robert Guiscard (Yetenekli Robert) ile erkek kardeşi Richard'ı kendisinin vasalı olarak almıştır. Richard, Capua Prensi olmuş, Robert de "Tanrı'nın ve Aziz Peter'ın inayetiyle Apulia ve Calabria Dükü ve onların yardımıyla gelecekteki Sicilya Dükü" olmuştur. Papalığın, kendilerinin krallık kurma hırsını onaylamasından sonra Robert ve Richard Papa Nicholas'ın kendisini ve statüsünü korumaya, birkaç ay önce Roma'da ilk kez ilan edilen papalık seçimlerinin bağımsızlığını savunmaya ve "Aziz Peter'ın elinde bulunan Kutsal Roma Kilisesi'ni her yerde ve herkese karşı desteklemeye" yemin etmiştir. Papalığın desteğiyle güçlenen - ya da en azından rahatlayan- Robert Guiscard'ın küçük erkek kardeşi Roger de Hauteville, 1060'larda Sicilya'nın fethedilmesi için Müslümanlara karşı verilen savaşta öncü bir rol oynamış ve 1072'de Robert Guiscard ile Roger, önce Palermo'yu sonra Hıristiyanlığın Konstantinopol haricindeki en büyük kentini ele geçirmiştir. Robert Guiscard kendisini Sicilya kralı olarak adlandırmış ve krallığının çoğunu Roger'a feodal *fief* olarak vermiştir.

Büyük Sicilya Kontu unvanını alan ve 1105'teki ölümüne dek unvanını taşıyan Roger, teknik olarak bir kral değildi ancak buna rağmen kendisine genellikle I. Roger denmiştir. 1085'te Robert Guiscard ise sadece kendi adlandırmasıyla kraldı. Her iki karde-

---

[6] Bkz. Orville Prescott, *Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages* (New York, 1972), s. 3.

şin de on birinci yüzyıldaki krallığa atfedilen türde bir rolleri ve 1100 tarihli *Norman Anonymous*'ta anlatıldığı üzere, sınırsız bir kutsal ve siyasi iktidar bahşedilmiş, başpapaz, hükümdar ve İsa Mesih'in vekili rolüne yönelik güçlü tutkuları vardı. Papalık bütün Hıristiyan âlemini Filistin'i kurtarmak için bir haçlı seferine çağırmadan kırk yıl evvel, Robert Guiscard ve Roger kendi askerî seferlerini Kutsal Savaş olarak görüyor; Müslümanlara karşı savaşa atılırken takipçilerini İsa'nın ordusunun askerleri olarak savaşmak üzere yüreklendiriyorlardı. Robert Gusicard'ın Sicilya'yı işgal hazırlıklarını anlatırken, vakanüvisi Roger'ın "Benim arzum Katolikleri ve Hıristiyanlar'ı Sarakenler'den kurtarmak ve Tanrı'nın intikamının bir aracı olmak" dediğini aktarmaktadır. Birbirini izleyen seferlerde Robert, takipçilerini takdis ederek savaşa teşvik eder halde temsil edilmiştir. "Bırakın sayılardan çok Tanrı'ya inansınlar ve onlara zafer için haklı sebebi sunacak olan Kutsal Ruha güvensinler".[7] Bu Robert ile Roger'ın haçlı seferiydi paparınki değil yine de papa onları kutsadığı için memnunlardı.

Dinsiz Sarakenler'e ve bu arada Hıristiyan Yunanlar'a karşı verdikleri Kutsal Savaş'ta takipçilerine liderlik etmenin yanı sıra Robert Guiscard ve Roger, egemenlik alanlarında kilisenin üzerindeki en üstün iktidar olmuşlardır. Fethedilen ülkelerdeki kurulu piskoposlukları tanımış ve yenilerini kurarak kendi piskoposlarını atamışlardır. Bunlar Norman piskoposlar ya da Normanlar'a yakınlık duyan piskoposlardı. "Sicilya'yı fethettiğim sırada" der Roger "Sicilya piskoposluklarını kurdum".[8] Roger ve Robert Guiscard ateşli dindarlardı. Her ikisi de kanon hukukunu güçlendirmekle uğraşmış ve ruhbanların yargılanması için ayrı kilise mahkemeleri kurmuşlardır. Ancak bu *onların* kilisesi ve *onların* kanon hukukuydu. Kendi hâkimiyet alanlarında kilisenin en üstün yöneticileri olmayı sürdürmüşlerdi.

Bunun için papalığın desteğini de garantilemişlerdir. Zira papa "lâik atamaları sınırsız sebeple hükümsüz kılabilirdi ancak normalde etkili itirazlarına maruz kalmadan Sicilya'da, 'Hıristiyan inancının fevkalade savaşçısı Roger', 'savaşta kahraman konsülde mükemmel adam' tarafından yapılan piskoposluk düzenlemelerini onaylardı.[9] Gerçekten de 1098'de Papa II. Urban,

---

[7] Aktaran David C. Douglas, *The Norman Achievement, 1050-1100* (Berkeley and Los Angeles, 1969), s. 105.
[8] Ibid., s. 143.
[9] Mitteis, *State,* s. 172.

Kont Roger ile haleflerine Calabria ve Sicilya'daki papalık elçilerinin kalıtımsal haklarını ve yetkilerini papalık fermanı ile vermiştir. Kötü şöhretli bu ferman (1867'ye, İtalya'nın birliğini sağlamasından kısa süre öncesine dek hükümsüz kılınmamıştır) Roger'ın topraklarına, onun rızası olmadan hiçbir papalık elçisinin giremeyeceğini güvence altına almaktaydı.

Papalık neden -hem de Papalık Devrimi'nin zirvesindeyken- Sicilya'daki Normanlar'la ittifak yapmak için; devrimin uğruna savaş verdiği temel ilkeyi, kilisenin özgürlüğüne feda etmiştir?

Birincisi, papalık Roma şehrini imparatorluğa karşı savunmak için Normanlar'ın askerî gücüne ihtiyaç duyuyordu ve aslında 1084'te IV. Henry uzun bir kuşatmadan sonra Roma'ya girdiğinde, Robert Guiscard, Calabria'lı ile Saraken paralı askerlerden oluşan büyük bir güçle IV. Henry'e karşı harekete geçmiş ve onu çekilmeye zorlamıştır.

İkincisi, papalık Sicilya Norman Krallığı'nın ittifakına, kilisenin siyasi bağımsızlığı için verdiği mücadeleyi meşrulaştırmak ve özellikle de imparatorun papalık üzerindeki siyasi hâkimiyetine olan başkaldırısını meşrulaştırmak için ihtiyaç duymuştur. 1059'da Roma'daki Easter Konsülü papalık seçimlerinin bağımsızlığını ilan ettiğinde, papalık siyasi bir bakış açısından bakıldığında hâlâ imparatorluğun ayrılmaz bir parçasıydı. Papalığın diğer herhangi bir kurumla bağımsız siyasi ilişkiler kurma kapasitesi yoktu. Norman yönetiminin varlığı, papalığa imparatordan ya da başka birinden bağımsız olarak bir başka güçle siyasi ilişki kurma fırsatını sunmuştur. Robert Guiscard ile erkek kardeşlerinin tümüyle imparatorluğun dışında olması, papalığın bağımsız dış ilişkiler kurma hakkı talebinin önemini artırmıştır. Nitekim güneydeki Normanlar'la ittifak, papalığın modern anlamıyla bir devlet olarak ortaya çıkmasındaki önemli bir adımdır.

Ancak papalık bu adımı atarak ağır bir bedel ödemiştir. Güney İtalya'daki Norman hükümdarlar, acımasız tiranlardı ve onlar ve takipçileri sadece memleketlerindeki kiliseye hâkim olmadılar aynı zamanda ateşli dindarları oldukları Hıristiyan inancına tümüyle aykırı sadistçe bir zulüm uyguladılar. Örneğin 1084'te, Robert Guiscard ve birlikleri, Roma'yı İmparator IV. Henry'den kurtardıktan üç gün sonra, bir ayaklanma nedeniyle kenti yaktılar, yağmaladılar; insanları soydular, öldürdüler ve tecavüz ettiler, pek çok önde gelen şehirliyi köleleştirdiler. Papa VII. Gregorius perişan bir halde başkentinden kaçtı -onu mahve-

den imparatorluktaki düşmanları değil fakat Norman müttefikleri ile kurtarıcılarıydı.

Madalyonun öbür yüzünden bakıldığındaysa neden Norman hükümdarlar, papalıkla ittifak uğruna mutlak iktidar teorilerini ve kutsal krallık kavramlarını riske atmaya gönüllü oldular? Gerçekten neden bu ittifak uğruna hiç sebep yokken imparatorla savaşmaya gönüllü oldular, üstelik güneydeki Araplar'la ve Yunanlar'la hayli meşgulken?

Birincisi, Robert Guiscard ile Roger kral olabilmek için papanın onları kutsamasına ihtiyaç duyuyordu. Aksi halde güçleri olacak ama otoriteleri olmayacaktı. Cermen krallarının durumunda, geleneksel olarak iktidar kalıtımsaldı ya da seçimlere dayanıyordu. Papalığın tezi kraliyet otoritesine üçüncü bir kaynak eklemişti; papa tarafından takdis edilme. Norman liderler, Güney İtalya'yı yönetme yetkilerinin kalıtımsal olduğunu ileri süremezlerdi. Aslında takipçileri tarafından "seçilmelerini" ayarlamış ve kendi piskoposları tarafından "kutsanmışlardı" ancak bu hileyi herkes görüyordu. Sadece Roma Piskoposu onların gücünü ve fetihlerini meşrulaştırabilir ve böylece onları kalıcı hale getirebilirdi; tıpkı sadece onların papayı imparatordan bağımsızlaştırarak bunu kalıcı hale getirebilecekleri gibi.[10] Birbirlerinin meşruiyetini tanıyarak Sicilya'daki Norman hükümdarlarla papa Avrupa'daki ilk iki modern devleti kurdular; birisi kilise-devleti diğeri seküler devleti.

İkincisi, Roma Kilisesi papalık yönetimi altında Avrupa'daki krallara ve krallıklara yeni bir misyon yükledi; öyle bir misyon ki güneydeki Norman hükümdarların çıkarlarıyla ve onların ateşli inançlarıyla örtüştü. Bu misyon kısmen jeopolitikti -Sarakenler'in dünyası karşısında Batı'nın birliğini sağlamak, Batı'yı askerî ve siyasi olarak güneye ve doğuya çevirmek-; kısmen ulusaldı -seküler yöneticileri kendi hakimiyet alanlarında yönetimlerini örgütlemeye teşvik etmek ve savaşan kabilelerle savaşan feodal

---

[10] II. Roger babasının unvanı olan "Sicilya Kontu" unvanını kullanmıştır. Calabria ve Apulia'yı ele geçirdikten sonra Papa Honorious onu Apulia Dükü ilan etmiştir. Honorious 1130'da öldüğünde iki rakip papa seçilmiştir. Kral olmaya niyetli olan Roger bu ikisinden güçsüz olanı, Anacletus'u desteklemiştir. Anacletus da II. Roger'ı derhal Sicilya, Apulia ve Calabria kralı ilan ederek kutsamıştır. 1139'da Anacletus ölünce, Honorious'un halefi olan Papa II. Innocent, kendi atamalarına Roger'ı da eklemiş ve onu kral olarak atamıştır. Bu hikâye, Presscott'un *Lords of Italy* (s. 83) adlı eserinde gayet iyi anlatılmaktadır.

lordlar arasında barışı tesis etmek. Öte yandan bu misyon kısmen de hukukiydi -adaleti tesis etmek ve dünyayı hukukla yeniden düzenlemek. Güney İtalya'daki Normanlar, papalığın bu amaçlarını hevesle sahiplendiler. Sarakenler'e (ve Yunanlar'a) karşı yapılan haçlı seferlerindeki ordulara liderlik etmekten, nihayetinde barışı tesis etmekten ve kendi çok dilli halkları ve komşu krallıklarla ticaret yapmaktan hoşnutlardı. Ayrıca Normandiya'daki ve İngiltere'deki Norman soydaşları gibi, büyük yönetici ve hukukçulardı. Papalığın hukuki kurumların gücüyle dünyayı düzenleme ve kurtarma inancını paylaşıyorlardı.

Roma'yla olan bağları Normanlar'ın Güney İtalya'da sadece meşru bir devlet iktidarı kurmalarını değil aynı zamanda parlak bir uygarlık yaratmalarını da sağlamıştır. Gerçekten de Sicilya on ikinci yüzyılın ortalarında Batı'daki en müreffeh ve en güçlü devletti, sanat, bilim ve teknolojinin en büyük merkeziydi. Roger'ın yönetimindeyken (1112-1154), başkent Palermo, Batı'nın en büyük ve en kozmopolit kentiydi. Ticaret filosu Avrupa'nın en büyüğüydü. Kuzey Afrika'nın tahıl ambarıydı ve Avrupa kıtasının en büyük ipek ve ipekli dokuma tedarikçisiydi. Astronomi, coğrafya ve diğer bilimlerde en öndeydi ve İslam dünyasının entelektüel kaynaklarından, onlar aracılığıyla da Doğu'dakilerden ve muhtemelen Çin'dekilerden de ziyadesiyle yararlanıyordu. Salerno Üniversitesi'ndeki tıp okulu Avrupa'nın en iyisiydi. Palermo'daki kraliyet sarayının literatürü ve ilmi en iyi Latin, Arap ve Yunan geleneklerinin bileşimiydi. Fransız ve Arap şiiri okunuyordu ve Platon, Öklid ve Ptolemy (Batlamyos) Latinceye tercüme edilmişti. On ikinci yüzyılda Sicilya'da Norman Romanesk mimari ile Bizans mozaik sanatını birleştiren saraylar ve katedraller, Avrupa'nın en değerli sanat hazineleri arasında yer almaktadır.

Yine de Normanlar da papalıkla müttefik olmanın bedelini ağır ödemiştir. Kültürlerinin Batılı, Bizanslı, Müslüman, Norman ve Yunanlı bileşenleri arasındaki gerilim kadar Roma Kilisesi'ne duydukları inançla kendi memleketlerinde ruhbanlara tümüyle hâkim olmaları; yasallığa duydukları inançla zorba iktidarları; tutkulu Hıristiyanlıklarıyla barbarca zalimlikleri arasındaki zıtlık Normanlar'ı özyıkıma sürüklemiştir. Bu kendi kendini yok ediş, II. Roger'ın ve aynı zamanda İmparator Frederick Barbarossa'nın da torunu olan İmparator II. Frederick'ten sonra gelmiştir. II. Frederick, kendisinin güçlü iktidarını; kilise üzerindeki impara-

torluk otoritesini yeniden tesis etmek ve sadece Güney İtalya'yı ve sözde kalıtımsal hakkı nedeniyle yönettiği Cermen topraklarını değil Kuzey İtalya'yı da topraklarına katmak için kullanmıştır. Gerçekten de Avrupa tarihinin Charlemagne'den sonra Napoleon'dan önceki belki de en parlak ve güçlü monarkı olan Frederick İtalya ile yetinmemiş; papalığın aforozunu hiçe sayarak bir haçlı seferi düzenlemiş ve Kudüs Kralı olarak taç giymiştir. 1250 yılında öldüğünde oğlu Manfred, onun Kuzey İtalya kentlerini boyunduruk altına alma politikasını, IV. Urban Manfred'i bertaraf etmesi karşılığında Sicilya krallığını teklif ettiği Anjoulu Charles adında bir kahraman bulana dek sürdürmüştür. Charles nihayet 1266 yılında başarılı olmuştur ancak o da ihtiraslarına, kibrine ve gaddarlığa yenik düşmüştür. Onun çöküşü, Fransızlar'ın despotik yönetimine tabi kıldığı Sicilya adasını gafil avlamıştır. Sicilya'nın nüfusu 1282'de yükselmiş ve baskıcı Fransızlar'ı topluca katletmişlerdir. *Sicilian Vespers* adı verilen isyan Fransızlar'ın Sicilya adasından kovulmasıyla ve onların Calbaria ile Apulia'ya hapsedilmesiyle sonuçlanmış; bu bölge Napoli Krallığı olarak adlandırılmıştır. Sicilya ise, Aragon tarafından yönetilmiştir. Daha sonra "İki Sicilya" denilen taraflar, ayrılığa ve bir daha toparlanamamalarına yol açan savaşlarla harap olmuş ve yılmışlardır.

NORMAN DEVLETİ

Eğer on ikinci yüzyılın önde gelen krallığı olan Sicilya'daki Norman Krallığı'nın, İngiltere'deki Norman Krallığı ile kıyaslanabilecek bir geleceği olsaydı Sicilya'da on ikinci yüzyılda yaratılan siyasi ve hukuki kurumlar, bugün en az İngiltere'deki Norman Krallığı'nın siyasi ve hukuki kurumları kadar biliniyor ve üzerinde çalışılıyor olurdu. Zira Sicilya Norman Krallığı, Batılı ilk modern krallık sistemini olduğu gibi, Batı'daki ilk modern teritoryal devleti de kurmuştur.

Sicilya'daki Normanlar, Normandiya ve İngiltere'deki soydaşlarının gösterdiği yönetme dehasını göstermişlerdir. Tipik biçimde Normanlar fethettikleri halkların öteden beridir mevcut olan siyasi ve hukuki kurumlarını ortadan kaldırmamış; daha ziyade bu kurumlardan, mümkün olduğu kadar çok hem merkezîleşmiş hem de merkezsizleşmiş yeni siyasi-idari-hukuki yapı çerçevesinde kendi menfaatlerine uygun olarak faydalanmışlardır.

Eskiyi muhafaza etme ve yeniye uyarlamaya yönelik benzeri

bir niyet, daha sonra Normandiya denilen Frank İmparatorluğu'na 911 yılında ilk kez sürekli olarak yerleşen İskandinavyalıların da (*Norsemen*) özelliğidir. Onlar da mağlup ettikleri Franklar'ın daha gelişmiş geleneklerine saygı duymuş, onları özümsemiş ve yeni koşullara uyarlamışlardır. Bir buçuk yüzyıl sonra İngiltere'yi işgal eden torunları da Anglo-Saksonlar'ın makul siyasi ve hukuki kurumlarını muhafaza etmişlerdir. İşte Güney İtalya'daki Norman hükümdarlar, mevcut siyasi ve hukuki kültürün çeşitli özelliklerini kendilerine uyarlamış; bir yandan da o kültürü yeni bir devlet tipine ve yeni bir hukuk türüne dönüştürmüşlerdir.

Güney İtalya'daki Normanlar, pek çok unsurun karışımı olan gelişmiş ama çürümekte olan bir yönetimle karşılaşmışlardır. Yönetim, kısmen Palermo'daki "emir" denilen ve idari birimler aracılığıyla hüküm süren otokratik Müslüman bir valinin altında örgütlenmişti. Norman hükümdarlar -Robert Guiscard'la başlayarak- Palermo'daki valilik makamını; hatta Latincede *admiratus* olarak ifade edilen (modern denizcilik unvanı amiral *admiral* [amiral] buradan gelmektedir) "emir" unvanını ellerinde tutmuştur. Dahası, Norman yönetiminin ilk yüzyılında bu makamda yer alan insanların çoğu Yunan ve Arap kökenliydi. *Amiratus*, ataları gibi, idari birimler aracılığıyla yönetmiştir ve bunların personeli de daha önceki idari teori ve pratiklerle, esas olarak Apulia'daki Bizans ile Sicilya'daki Arap teori ve pratiğiyle yetiştirilmiştir. Ancak Normanlar, buna çeşitli sınıflara açık memuriyet sınavlarını eklemiştir; bu yeniliğin eklenmesinde Arap ve Yahudi seyyahların anlattığı Çin örneğinden esinlenilmiş olabilir.[11]

Normanlar, mevcut kurumları kullanmanın yanı sıra sarayla yakından ilişkili yeni merkezî makamlar yaratmışlardır. Bunlardan birisi, muhtemelen papalık şansölyesi örnek alınarak istihdam edilen şansölyelikti. Şansölyeliğin başındaki kimseye başta başkâtip denirken sonradan şansölye denmiştir. Şansölye, kraliyet mührünü taşırdı ve kralın adına fermanları, diplomaları, kararnameleri ve kralın emirlerini onaylardı. II. Roger'ın şansölyesi Guarin, kralın en yakınıydı; kral savaşmak için uzağa gittiğinde krallığı yönetirdi.

---

[11] Bkz. H. G. Creel, *The Origins of Statecraft in China*, vol. 1, *The Western Chou Empire* (Chicago and London, 1970), s. 12'de Müslüman bir coğrafyacı tarafından 1154'te II. Roger'ın sarayında yazılan ve "Çin'deki yönetime diğer her devletten daha fazla yer ayıran" bir kitaptan alıntı yapılmıştır.

Diğer bir merkezî makam, başta *dogana* denilen ve sarayın hesapları ile karmaşık vergi sisteminin yönetildiği hazineydi. Hazine, özelliklerinin bir kısmı önceden mevcut olan ve *divan* denilen Arap maliyesine ve Arap hesap sistemine çok şey borçludur. Ancak muhtemelen on birinci yüzyılda ve on ikinci yüzyılın başlarında papalık mahkemesinde yaratılan hayli gelişmiş maliye yapılanmasına ve vergilendirme sistemine daha fazlasını borçludur.

Yine Normanlar tarafından oluşturulan bir diğer merkezî makam, profesyonel krallık mahkemesiydi. Bu mahkemenin ağır suçlar üzerinde olduğu kadar barışı bozan özgür kimseler arasındaki sivil ihtilaflar üzerinde ve gayrimenkul mülkiyetine ilişkin davalarda da yargı yetkisi bulunmaktaydı. 1136'da II. Roger, krallık mahkemesindeki davaları görmesi ve kraliyetin adli sistemini yönetmesi için bir "yüksek yargıç" atadı. Gezici yargıçlar, krallık mahkemesinden çeşitli bölgelere yargılama yapmak üzere gönderildiler. Zaman içinde gezici yargıçlar gittikleri yerlere yerleştiler ve Palermo'daki yüksek mahkeme en önemli davalara tahsis edildi. On ikinci yüzyılın sonlarında feodal lordların ve kentlerin mahkemeleri, doğrudan kralın mahkemelerine tabi kılındı ve "kralın davaları", "kılıcın davası", "kan yargısı" ve "yüksek yargı" gibi çeşitli biçimlerde adlandırılarak belirli davalar üzerinde tekel oluşturdu. Bu ne Bizans ne de İslam pratikleriyle benzerlik göstermektedir.

On ikinci yüzyılda Sicilya'daki Normanlar, *baiuli* adı verilen kraliyet temsilcisi (müsteşar) kurumunu da yaratmışlardı; bunların görevleri de isimleri de Normandiya Dükalığı'ndaki *ballivi* ile benzerdi. Kralın temsilcileri, başta kraliyetin emirlerini yerine getiren idari memurlardı; daha sonra daha geniş idari ve yarıyargısal yetkileri kazandılar. Makam imtiyazları vardı. On üçüncü yüzyılda III. Frederick döneminde maaşa bağlı, azledilebilir memurlar haline geldiler.

Sicilya'daki Norman kralları, böylesi karmaşık yönetsel kurumlar aracılığıyla bir bütün olarak haklarla bağlarını ve dolayısıyla feodal ve kentsel aristokrasi üzerindeki denetimlerini güçlendirdiler. Kral artık yalnızca topraklarını kendisinden alan lordların lordu değildi; toprakları üzerindeki bütün halkların - her bakımdan olmasa da- doğrudan hükümdarıydı. Eğer vasalları kendisine karşı feodal direnme haklarını kullanacak olurlarsa bütün uyruklarını kendisini askerî olarak destekleyemeye çağırabilir ve sadece feodal değil, fakat krallıkla ilgili cezai yaptırım-

lara başvurabilirdi. Bunlara kalelerin yıkılması, para cezaları, hapsetme ve sürgün etme de dâhildi.[12]

Sicilya monarşisinin, feodal soylular üzerindeki merkezîleşmiş denetimi, onun askerî hizmetlerinde ve özellikle şövalyelerin sabit görevlerinin yazılı kayıtlarının yayımlanmasına da yansımıştır. II. Roger'ın yayımladığı *Catalogus Baronum*'da her bir baronun krala sağlayacağı atlı şövalye sayısı sabitlenmiştir. Bu asgari sayıdır ancak krallığın ihtiyaç duyması halinde bütün ulus askerî hizmete çağrılabilecektir. Krala yapılacak mâli ödemelerle ilgili düzenlemeler de yapılmış gibi görünmektedir.[13] Sicilya'nın *Baronlar Kataloğu*, büyük olasılıkla 1166 ile 1172 yılları arasında İngiliz ve Norman şövalyelerinin hizmetlerinin denetimine ve özellikle de Fransa Kralı Philip Augustus'un tımar kayıtlarına (*scripta de feodis*) model oluşturmuştur.

Sicilya monarşisinin feodal aristokrasi üzerindeki merkezî denetiminin bir diğer örneği de lordla vasal arasındaki karşılıklı sadakat yemininin, krala sunulan bir sadakat yemini olmasıdır. Yine bir başka örnek ise krallığın vasalların ve alt-vasalların evlenmesine onaylama yetkilerinin devam etmesidir. Bu yetki çoğunlukla dolaylı olarak bir vergi tedbiri biçiminde kullanılsa da gerektiğinde siyasi bir tedbir olarak da kullanılmıştır. Her iki örnek de şansölye, mabeyinci, gezici yargıçlar, şerifler, şövalyeler ve herkesi askere alma yetkisi aracılığıyla (*fyrd*) feodal aristokrasi üzerinde kraliyet denetiminin sağlandığı on ikinci yüzyıl İngiltere'si ile paralellik göstermektedir.

Ancak Güney İtalya'nın Avrupa'nın diğer ülkeleriyle olduğu gibi İngiltere ile arasında da keskin bir karşıtlık bulunmaktadır. Sicilya'daki Norman kralların hukuka tabi oldukları düşünülmemiştir ve (bu bağlamda meşruti monarşi olduğu da düşünülmemiştir); Norman kralları daha ziyade otokrat hatta tiran olarak görülmüştür. Burada Bizans ve Arap yönetim modelleri katkıda bulunmuş olabilir. Norman krallar, Bizans imparatorları gibi krallıklarındaki kilisenin en üstündeki papazlardır. Palermo'daki Martorana kilisesinde bulunan on ikinci yüzyıl mozaiği, II. Roger'ı, tacını, bir papanın ya da başpiskoposun aracılığı ol-

---

[12] Genel bilgi için bkz. Ferdinand Chalandon, *Historie de la Domination Normande en Italie et en Sicile* (Chicago and London, 1970); Douglas, *Norman Achievement;* Claude Cahen, *Le régime féodal de l'Italie normande* (Paris, 1940).

[13] Bkz. Charles H. Haskins, "England and Sicily in the Twelft Century", pt. 3, *English Historical Review*, 26 (October 1911), 641, 655, 663-664.

madan doğrudan İsa'dan alırken resmetmektedir. Monreale Katedrali'ndeki benzer bir başka mozaik de II. Roger'ın oğlu II. William'ı tacını doğrudan İsa'dan alırken göstermektedir. Daha önemlisi, Sicilya'daki Norman Krallığı'nda, özgür hiçbir kent bulunmamaktadır; kentleri kralın atadıkları yönetmektedir ve her ne kadar kentsel imtiyazlar bulunsa da bunlar daima kralın iradesine bağlıdır. Son olarak, kral, feodal aristokrasideki baş-baron değil fakat alt-vasalların da tümünün ve esasında topraklarında yaşayan herkesin doğrudan lordudur. Bütün bu açılardan kral, yetkileri üzerinde hiçbir sınırlama bulunmayan bir otokrattır ("muhtar").

Kral aynı zamanda, teoride ya da pratikte keyfi ve despot iktidarını sınırlandırabilecek hiçbir şey olmaması bakımından da bir tirandır. İktidarı, sözcüğün teknik anlamıyla mutlaktır, hukuktan "muaf" tutulmuştur. Güney İtalya'nın Norman kralları, genellikle hukuka uygun yönetmeyi tercih etmiş ve belli bir ölçüye kadar da uyruklarını denetleyebilmek için hukuka uymaya mecbur kalmışlardır. Ancak kendilerini hukukun üstünde görmüşlerdir. Aslında sadece kendilerine muhalif olanlara değil karşı çıkmayanlara karşı da barbarca bir zulüm uygulamakta tereddüt etmemişlerdir. Destekçilerini dahi harekete geçirmek için sadece korkutmakla yetinmemişler teröre de başvurmuşlardır.

Sicilya Norman Krallığı deneyimi, Batı'nın modern yasallık kavramının, güçlü monarşilerin ihtiyaçları ve siyasetleri ile mevcut feodal ve yerel siyasi toplulukların gelenekleri ve menfaatleri arasında verilen karşılıklı tavizlerden kaynaklandığı yönündeki geleneksel görüşü reddetmektedir. Aksine Sicilya tarihi, ülkeye baştan sona nüfuz eden hayli gelişmiş bir krallık sisteminin despotik yetkileri olan bir hükümdarla birlikte var olmasının mümkün olabileceğini göstermektedir. On ikinci yüzyılda Sicilya ve İngiltere'deki krallık hukukları arasında çarpıcı benzerlikler bulunmaktadır. Her ikisinde de monarşi, ulusla bir bütün olarak bağ kurmuş ve merkezî bir hukuk sistemi inşa ederek bütün halka ulaşmış; feodal aristokrasinin özel çıkarlarına sınırlama getirmeyi başarmıştır. Yine de Mitteis'in belirttiği üzere İngiltere'de "krallık hukuku daima topluluğun hukuk algısından kaynaklanan sınırlarla karşılaşmıştır".[14] Güney İtalya'da ise hiçbir zaman

---

[14] Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittlealters* (Weimar, 1953), s. 238. Bu; Mitties, *State s. 226*'da kötü tercüme edilmiştir.

Cermenler'de ya da Franklar'da olduğu gibi güçlü bir kabile geleneği ile bölgesel örf ve âdet hukuku mevcut olmamıştır. Belki de topluluğun hukuk algısının zayıflığı, hükümdarlarının aşırıya kaçmasına yol açmış; belki de hükümdarların sınırsız iktidar talebi bu hukuk algısını daha da zayıflatmıştır. Daha kolaycı ama ilgisiz bir açıklamaya göre de İngiltere'de, Batı'nın Sicilya *hariç* bütün ülkelerinde olduğu gibi, Roma Kilisesi, monarşinin hem yetkilerini hem de iktidarını esaslı ölçüde sınırlandıracak kadar güçlüdür.

II. ROGER'IN KİŞİLİĞİ

Hukuki gelişmelerin sebepleri araştırılırken, kimi kişiliklerin önemli bir rol oynayabileceğinin farkında olunmalıdır, özellikle de ani hukuki değişimlerin yaşandığı dönemlerde, ancak yine de bu kişiliklerin oynadığı rolün hangi ölçüde teminat sağladığını değerlendirmek genellikle zordur. Dönem mi insanı yaratır yoksa insan mı dönemi? II. Roger, kesinlikle doğru zamandaki doğru adamdı. Aralık 1095'te doğan II. Roger babası Büyük Kont I. Roger öldüğünde dokuz yaşındaydı. Annesi Adelaide, Kuzey İtalyalıydı ve Kont'un üçüncü eşiydi; Adelaide, Sicilya'yı Arap ya da Yunan asıllı vekillerin yardımıyla hükümdarın naibi olarak yönetmişti. 1112'de Roger on altı buçuk yaşına geldiğinde, onun ülkeyi kendi adıyla yönetecek kadar olgunlaştığı düşünüldü. Müslüman ve Yunan eğitmenler, kâtipler ve memurlarla çevrili ağırlıklı olarak Arap kenti olan Palermo'da yetişen Roger, döneminin en gelişmiş coğrafya, matematik ve bilim eğitimini; Bizans ve Norman sanatları ve müzik eğitimini ve hem Doğu'nun hem de Batı'nın şiir ve felsefesinin eğitimini almıştı.

Sicilya'da hem annesinin naipliği hem de kendi hükümdarlığının ilk yıllarında baronlar sık sık ayaklanmıştır. Roger kararlı ve başarılı ancak hevesli olmayan bir savaşçıydı. Feodal erdem ve değerlerle yetiştirilmemişti. O, daha ziyade Bizans'ın daha önceki Roma imparatorlarının ve döneminin Mısır Sultanı'nın sahip olduğu türde bir mutlak iktidar için yetiştirilmişti. Döneminin vakanüvislerine göre güce ve zafere hasretti ancak bunları savaşla değil de diplomasi ve ayak oyunlarıyla kazanmayı ve sürdürmeyi tercih ediyordu. Zeki, sinsi, sabırlı, zaman zaman gaddar, bazen cömert birisi ve entelektüel bir toleransla korkunç bir zalimliğin karışımı olarak anlatılmaktadır. İsyancı baronlardan intikamını alırken kentleri yerle bir etmiş ve kalan bütün er-

kekleri, kadınları ve çocukları öldürmekte tereddüt etmemiştir. Yine de daha çok bilimi ve felsefeyi, müziği ve sanatı, saray hayatının debdebesini ve gösterişini; bir de hareminin keyfini sürmeyi tercih etmiştir.

Roger'ın kişiliğinde onu hukuka yönelten bir şey mi vardı? Onun, hukuku hem gücün ve zaferin hem de çok dilli halkını barışçıl araçlarla denetlemesinin anahtarı olarak gördüğü tahmin edilebilir. Hiç şüphesiz Doğu Roma imparatorları gibi olma arzusu, onların yasakoyucu olmalarına da özenmesine yol açmıştır. Ayrıca diğer örnekler de önünde durmaktadır. Mesela papalığın hızlı gelişimini tam zamanında teşvik ettiği kanon hukuku ile daha öncesinde Lombardiya Krallığı'nın parçalanmasından evvel yazılan örf ve âdet hukuku "kod"u *Liber Papiensis*.[15] Roma hukukunun ve Lombardiya hukukunun kimi özellikleri Roger'ın krallığında ayakta kalmış ve elbette Avrupa'nın her yerinde olduğu gibi Sicilya'da da kanon hukuku, en azından teoride, uygulanmıştır. Daha önemlisi kanon hukukunun, Roma hukukunun ve Lombardiya hukukunun ve Güney İtalya'daki diğer hukukların zayıf yönleri ile hepsinden öte güçlü bir halk hukuku geleneğinin yokluğu, onları yeni bir saray hukuku sistemi yaratmaya zorlamıştır.

Böylesi bir sistemin yaratılma nedenleri II. Roger'ın kişiliğinin dışında ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz sistemin yaratılması, hükümdarın ihtiyacı karşılayabilecek dehaya, hırsa, güce ve diğer erdemlere sahip olmasını gerektirmektedir. Yine de Roger, tarihsel bir misyonu gerçekleştirmekten fazlasını yapmıştır. Roger, hukuk sistemine, nitelendirmektense anlatmanın daha kolay olacağı yeni bir unsur eklemiştir. Roger, hukuk evreninde, Sicilya Kralı'nın yüksek yargı meselelerinde yetkili olduğu ayrı bir yargı yetkisi oluşturmuş ve bu yargı yetkisini; yeknesak ve gelişen bir hukuk gövdesi oluşturan bir dizi birbirine bağlı ilke ve kural çerçevesinde tanımlamıştır. Kraliyetin yargı yetkisini oluşturan ve meşrulaştıran belirli tipte bir dizi birbiriyle ilişkili ilke ortaya koymuştur. Daha önce hiç kimse bunu yapmamıştır.

Roger'ın *Ariano Kararlarında* (1140) vücut bulan başarısı, onun

---

[15] Bu, Roma hukukunun etkisinin de görüldüğü Cermen tarzı yüzlerce hukuk kuralının derlemesidir ancak on ikinci yüzyıldan sonraki Batı hukukunu karakterize eden sistematizasyondan ve bütünlükten yoksundur. Bkz. *Liber Legis Langobardorum Papiensis Dictus*, MGH, Legum III, ss. 290.

kişiliği ve mizacı ve özellikle Norman, Bizans ve muhtemelen Arap nitelikleri ile yakından ilişkilidir. Hoffman çok isabetli biçimde Roger'ın "Batı Avrupa'nın ilk mutlak monarşisini kuran ilk modern hükümdar" olduğunu belirtmektedir.[16] Ancak Roger bundan daha fazlasını yapmış; ilk modern krallık hukukunu yaratmıştır. Farklı kimlikleri ve öncesinde sadece çok zayıf bir hukuk geleneği olan çok dilli halkını, kralın mahkemelerinde uygulanabilen ve gelişen tek bir hukuk sistemi altında birleştirmiştir. Onun yasaları, bütün uyruklarına uygulanacak olan hukuk değildi, hatta krallık hukukunun tamamı da değildi ancak krallık hukukunu kapsayan kısmı esaslı bir bölümüydü ve krallık hukukunu sistematik ve ilkeli bir biçimde kapsıyordu. Yasaları, hayatın bütün karmaşıklığını ve düzensizliğini bir sisteme ya da bir dizi ilkeye indirgemiyor; daha ziyade bu karmaşa ve düzensizlikten belirli bir alan; bir yargı yetkisi çıkarıyordu ki kaosu katlanılabilir kılacak makul ve tutarlı bir düzen kurulabilsin.

NORMAN HUKUK SİSTEMİ

Güney İtalya'daki Norman krallarının hükmetmek için kullandıkları hukuk, onların yetkilerine olduğu kadar iktidarlarına da bazı pratik sınırlar koymuştur.

Önceki dönemlerin yargıç olan ama yasakoyucu olmayan Cermen krallarının aksine, on ikinci yüzyılın ve sonrasının Norman hükümdarları, yasa yapmayı krallık makamının bir parçası olarak düşünmüşlerdir. II. Roger, kralların "yasa yapıcı" (*conditor legum*) olduklarını ilan etmiştir. Gerçekten de Roger krallık hukukunun, Batı tarihindeki ilk modern kodunu; *Ariano Kararları*'nı yürürlüğe sokmuştur. Ariano Kararları, ilk modern kod ve türünün Batı'daki ilk örneği olarak adlandırılır çünkü sadece ilke ve kuralların bir derlemesini değil; daha ziyade bir hukuk sisteminin temel özelliklerinin sistematik sunumunu ifade etmektedir. Dahası bir yasakoyucu, kral tarafından çıkarılan pozitif hukuku temsil etmektedir. Kuşkusuz örf ve âdet hukukundan, doğal hukuktan ve ilahi hukuktan yararlanmıştır ve Bizanslıların, Müslümanlar'ın, Lombardlar'ın, Normanlar'ın ve kanonik Roma hukuku gelenekleri ile kaynaşmıştır. Ancak bu kaynakları yeni ve kapsamlı bir yasama tasarrufu olarak yeniden biçimlendirmiştir.

---

[16] Max Hofmann, *Die Stellung des Königs von Szilien nach den Assisen von Ariano* (1140) (Münster, 1915), ss. 39, 155, 174.

Ariano Kararları, bir önsöz ile kırk dört ayrı ve numaralandırılmış maddeden oluşmaktadır. Bu maddelerin çoğu birkaç paragraftan oluşmaktadır. Metin bizzat kral tarafından yazılmış gibi görünmektedir; metnin hiçbir yerinde kararların kabul edildiği bir meclisten, Ariano'nun ileri gelenlerinin meclisinden bahsedilmemektedir. Önsöz'de "Tanrı merhametli olduğu için ... barışı yeniden tesis etmiş [ve] krallığın bütünlüğünü düzene sokmuştur... biz de [kral], adalete ve dine giden ama bozularak perişan olduğunu gördüğümüz yolları yeniden döşemeye mecburuz" denmektedir. "Bu, sanki gece dualarımızda yasaları çıkarmakta ve yorumlamakta atalarımızdan daha adil ve daha makul olduğumuzu iddia ediyormuşçasına bir kibirden kaynaklanmamaktadır, böyledir çünkü ... dindarlık bize şunu emreder 'Tıpkı Babanızın olduğu gibi merhametli olun'". Burada özel önemi olan iki husus bulunmaktadır; yasalar adalete ve dine giden yolları düzeltmek için çıkarılmaktadır ve yasaları çıkarmak ve yorumlamak kralın görevidir.

1. maddenin başlığı "Yasaların yorumu"dur, (teknik olarak maddelere karar olarak atıf yapılmaktadır). "Majestemiz tarafından henüz yürürlüğe sokulan ve katılıkları dindarlığın hassaslığıyla yumuşatan, esnekliği belirli bir katılıkla gideren ve muğlak olanı berraklaştıran yasalara herkesin uyması gerektiğini emrediyoruz". Böylece metnin belirsizlik içerdiği ve yorumlanmayı gerektirdiği zorunlu olarak anlaşılmaktadır.

2. maddenin başlığı "Kutsal kiliselerin imtiyazları"dır ve kralın kiliseleri koruyacağını ve onlara dokunulmayacağını belirtmektedir. İşin aslına bakılırsa Kararlarda kiliseden hep çoğul (kiliseler) söz edilmektedir; zaten kilisenin krallıktan bağımsız olduğundan ya da ruhbanların papalığa tabi olduğundan hiç bahsedilememiştir. Kilise'nin hakları ile yetkileri 5. ve 16. maddeler boyunca ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bunlar kutsal emanetlerin satışına, ibadet hakkı, krallığın kiliseye yönelik saldırılardaki yargı yetkisi, rahiplerin belirli davalar dışında tanıklıktan muaf olması ve yemin etmek zorunda olmamaları, gizli cemaat toplantılarının yapılmasının yasaklanması (tapınak toplantıları), kilise makamlarının alım satımının yasaklanması ve benzeri meselelere ilişkin düzenlemelerdir.

17 ilâ 21. maddeler kralın kararlarına karşı koyma, krala karşı komplo kurma, saray belgelerinde sahtecilik ve kalpazanlık da dâhil olmak üzere taca karşı işlenen ağır suçlara ilişkindir. 22.

madde "sahtecilik" suçlarının soruşturulma usulüne ilişkindir ve bu suçlar 22 ilâ 26. maddelerde tanımlanmıştır; sahte evrak düzenleme, yalan tanıklık, vasiyetnameleri etkileme, memurların ve yargıçların kamu fonlarından yararlanması ve kamu mallarına ihmali ya da kasti olarak zarar verilmesi.

27. madde, aile hukukuna 28 ilâ 33. maddeler de cinsel suçlara (zina, fuhuş, muhabbet tellallığı, tecavüz) ilişkindir. 34. madde tahkir suçlarını düzenlemektedir ve bu ihtilaflar gizli çözümlenecektir. 35. maddede saldırıya uğrayanın statüsüne göre cezalandırılabilir olan yaralama suçları düzenlenmiştir. 36. maddeye göre, hekimlerin, kraldan lisans almadıkça hekimlik yapamayacaklarını ön görmektedir (Aslında bu, Avrupa'da doktorlar için getirilen sınav sisteminin ilk örneğidir). 38 ilâ 43. maddeler "kaçırma" (köle olarak satma), meşru müdafaa ile öldürme, küçüklerin ve mümeyyiz olmayanların sorumsuzluğu, gece hırsızlık esnasında işlenen cinayetler, kundakçılık, azmettirme (bu tek başına cezalandırılan bir fiil değildir) ve zehirleme suçlarına ilişkindir. Son madde olan 44. madde, bir yargıcın ihmal ya da hile ile yanlış (haksız) hüküm tesis etmesine ilişkin cezaları düzenlemektedir.[17]

Max Hoffman *Ariano Kararlari*'nın "yapılandırılmış" karakteriyle Lombardlar'ın *Liber Papiensis*'inin "kazuistik" karakterini karşılaştırmıştır. *Liber Papiensis* binden fazla maddesi ile çok daha uzundur ve bütün hukuku kapsama iddiasındadır. Ancak Hoffman'ın sözleri ile "her olgusal durumu ayrı ayrı düzenlemeye çalışmıştır ve nadiren ilkeleri belirlemiştir"; tutarsızdır ve "boşluklarla ve çelişkilerle doludur". *Ariano Kararları* ise aksine, bütün hukuku kapsama iddiasında değildir. Bununla birlikte "hükümlerinin hiçbirisi diğerleriyle ilişkilendirilmeden düşünülemez... Dahası ... kapsadığı alanlarda yeterince tamamlanmıştır; boşluklar, verili yasalara bakılarak amaçsal yorumla (*Zweckentsprehende*) doldurulabilir".

Hoffman, "Kesinlikle, yasaların uygulanmadan evvel yorumlanması gerekliliği, devletin iktidarını güçlendirmiştir. Zira yasalar basitçe herkes tarafından yorumlanamaz, kural olarak bu kralın yetkisindedir"[18] diye eklemektedir. "Adalet özel olarak yetiş-

---

[17] Ariano Kararları Francesco Brandileone tarafından yeniden yazılmıştır; *Il diritto romano nelle leggi normane e sveve del regno di Sicilia* (Turin, 1884).

[18] Hofmann, *Stellung*, s. 65.

tirilmiş görevliler tarafından ele alınacak kamusal bir mesele [haline gelmiştir]".[19]

II. Roger'ın yasaları; kilise, feodal aristokrasi, kent komünleri ve genel olarak halklar üzerinde krallığın üstünlüğünü açıkça tesis etmiştir. Dinî sapkınların kovuşturulması yetkisi bizzat krallığa verilmiştir; krallık kilisenin kararlarının uygulayıcısı değildir. Kral, feodal mahkemelerin yetkilerini katı bir biçimde sınırlandırmıştır. Hiçbir kent kendisini özgür bir kent olarak inşa edememiştir, bütün kentler kralın memurları tarafından yönetilmiştir. Nüfusun tamamı doğrudan krallığa tabi kılınmış ve sadece krala değil maiyetine yönelik komplolar da ihanet (*laesio* maiestatis) kabul edilerek cezalandırılmıştır.

Öte yandan krallık iktidarı, tebaanın karşılıklı haklarını, hatta sınırları dâhilinde sarayla karşılıklı haklarını dışarıda bırakmamıştır. Kiliseyle olan ilişkilerine gelince Norman kralları, genellikle, kanon hukukuna göre işleyen kilisenin, ruhbanları ilgilendiren çoğu dava ile lâiklerin yönelttiği saldırılar, aile hukuku, vasiyetnameler ile tarafların kilise mahkemelerini yetkili kıldığı davalar üzerindeki yargı yetkisini kabul etmiştir. Ancak normalde krallar papalığın kararlarına ve yorumlarına uyardı, aksi takdirde papalık kralların kararlarını hükümsüz kılabilirdi. Norman kralları, bütün *Sezaropapist* politikalarına rağmen, -teoride- papalığın ruhani meselelerdeki üstünlüğünü inkâr etmemiştir. İmparator II. Frederick dahi, Bologna Üniversitesi'ndeki öğrencilere ve öğretmenlere yazdığı ünlü bir mektubunda imparatorun bu dünyada Tanrı'nın dünyevi işlerdeki vekili; papanın da bu dünyada Tanrı'nın ruhani işlerdeki vekili olduğunu savunmuştur.[20] Nitekim bütün Avrupa'da olduğu gibi Sicilya Krallığında da kilise ile devlet ikiliğinin, her ne kadar bu Sicilya'da ağırlıklı olarak başka hiçbir yerde olmadığı kadar devletin lehine olsa da önemli anayasal ve yasal sonuçları olmuştur.

Krallığın gücü ve iktidarına kilise mahkemeleri ile seküler mahkemelerin ikiliğinin getirdiği sınırlamaların yanı sıra seküler alanda feodal mahkemelerle kraliyet mahkemeleri ikiliğinin de getirdiği yasal sınırlamalar mevcuttu. Kral feodal mahkemelerin yargı yetkisini, özellikle de lâiklerin karıştığı ağır suçlarla mülki-

---

[19] Ibid., s. 72.

[20] Aktaran Thomas C. Van Cleve, *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immutator Mundi* (Oxford, 1972), s. 241.

yet hakkına ilişkin belirli ihtilafları feodal mahkemelerden krallık mahkemelerine çekerek katı bir biçimde sınırlamıştı. Bununla birlikte hafif suçlarda ve pek çok sivil davada her lordun, kiracılarının başvurduğu kendi mahkemesi bulunmaktaydı. Bu da kentlerin dışında kalan yerel yönetimlerin, büyük ölçüde malikâne hukukuna göre yöneten feodal lordların elinde olduğu anlamına geliyordu.

Üstelik, feodal hukuka göre idare edilen lord-vasal ilişkisinin, sarayın mutlak iktidarını kısıtlayıcı bir etkisi bulunmaktaydı. On birinci yüzyılda Güney İtalya'daki Norman hükümdarlar, fethettikleri toprakların önceki sahiplerini mülksüzleştirerek, bu toprakları Norman hemşerilerine *fief* olarak paylaştırmış ve yeni bir aristokrasi yaratmışlardı. Yeni mülk sahiplerinin en önemlileri, topraklarını baş-kiracılar olarak doğrudan kraldan almışlardı ve belli sayıda atlı şövalyeyi askerî hizmete tahsis etmekle yükümlüydü. Arazinin bir kısmının başkalarına kiralanmasına izin veriliyordu ancak alt-kiracıların ya birilerini askerî hizmete koşmaları ya da kendilerinin bu hizmeti sunmaları gerekiyordu. Bu ilişkinin akdi boyutları güçlü bir şekilde vurgulanmıştır. Vasalların lordlarına sunacakları hizmetin miktarının en başta, *fief* verilirken kesin olarak belirlenmesi zorunluydu. Çeşitli feodal yükümlülükler birbirlerinden özenle ayrılmıştı. Lord-vasal ihtilaflarını çözme yetkisi senyörlük mahkemelerindeydi. Kraliyet mahkemesi, topraklarını doğrudan kraldan alan lordların katılımıyla feodal bir mahkeme olarak toplanabilirdi. Bütün bunların arasında, Sicilya'daki Norman hükümdarlar, İngiltere ve Normandiya'daki Norman hükümdarlarınkine çok benzer yolları izlemişlerdir. Sicilyalı monarklar, İngiltere'deki benzerleri gibi, hem baş-kiracılarına hem de alt-kiracılara hâkim olmuşlardır. Ne var ki, Sicilya Krallığı'ndaki feodal sistem (özellikle küçük *fief*lerden oluşan ve merkezî otoritenin çok daha yavaş kurulduğu Apulia'daki), İngiltere, Normandiya, Fransa, Almanya ve batı Avrupa'nın diğer yerlerindeki feodal sistem gibi, onları hukuki kurum ve süreçlerle bir arada tutan merkezîleşmiş ve merkezîleşmemiş pek çok unsurun bileşimiydi.

Kralın yargısal otoritesi doğrudan doğruya kendisinin "büyük mahkemesinde" (*magna curia*) uygulanırdı. Bu mahkemede bizzat kral ile maiyetinin ileri gelenleri ve lâik ve ruhban soylular bulunurdu. Ancak Bizans yönetiminde devralınan profesyonel yargıçlar da eski dönemlerden itibaren mevcuttu. II. Roger yerel

profesyonel yargıçlardan ("*justiciar*") kentlerde yararlanmış ve ayrıca kraliyet mahkemesine (*curia*) de profesyonel yargıçları sokmuştur. Profesyonel yargıçlar kralın merkezî mahkemesinde önce baskın, 1168'den sonra ise ayrıcalıklı bir rol oynamışlardır.[21] II. Roger profesyonel yargıçlardan bölgelerde de yararlanmış, 1140'larda çoğu piskopos ve başpiskopos olan bu yargıçlar, krallığın bütün ana bölgelerine gönderilmiştir. "Açıktır ki, bir grup yargıç, belirli bir bölgeye yıllar boyunca [görev yapmak üzere] atanmıştır".[22] Bu yargıçlar, soygun, haneye tecavüz, eşkıyalık, tecavüz, cinayet, işkence, iftira ve kundakçılık gibi ağır suçlarda yetkili yargıçlardı. (Daha hafif suçlara kralın temsilcisi ya da daha düşük rütbeli saray memurları bakardı.) Bölge yargıçlarının yetkisi, arazilere ilişkin ihtilaflarla köylüler arasındaki ihtilafları çözmeyi ve vergilere ya da saray memurlarına ilişkin şikâyetleri almayı da kapsıyordu (Kralın temsilcilerinin, feodal imtiyazlarla ilgili olmayan davaları görme yetkisi vardı).

Charles Haskins'e göre "*magna curia*'ya getirilen davalarla bölge yargıçlarına götürülenler arasında hiçbir fark görülemez, bu nedenle bunları basitçe aynı kraliyet yargısının iki biçimi olarak görmek mümkündür. Ancak görünen o ki, şikâyetler önce *magna curia*'ya götürülmektedir ve yargıçlar kralın emrine göre hareket etmektedir".[23]

On ikinci yüzyıldaki Norman İtalya'sında çeşitli kraliyet mahkemelerinin (merkezî, bölgesel, yerel ve kentsel) usulleri dava türlerine göre değişmektedir ve aynı zamanda pek çok geleneğin, Norman, Lombard, Bizans, Arap ve benzeri, izlerini taşımaktadır. Lombarlar'ın etkisi altında, yerel lâiklere, belli davalarda yargıca danışmanlık yapan âkil adamlar olarak başvurulmuştur. Cermenler'in su ve ateş işkencesi ile on iki yemin yardımcısıyla ispat usulüne de Normanlar'ın düellosuna olduğu gibi başvurulmuştur. Ancak on ikinci yüzyılın kanonik Roma usulünün ve yeni skolastik hukuk biliminin etkisiyle II. Roger, yeni bir soruşturma usulü getirmiştir. Buna göre yargıç, tanıkları (tarafların getirdikleri tanıkları da) sorgulardı ve yazılı delilleri incelerdi. Ariano Kararları'nın 22. maddesi, "özenli bir soruşturmada iddialar, tanıklar, yazılı deliller ve gerçeğin diğer gösterge-

---

[21] Bkz. Haskins, "England and Sicily", ss. 642-643.

[22] Ibid., ss. 644-645.

[23] Ibid., ss. 647-648.

lerini incelemelidir" demektedir. Yine aynı maddeye göre yargıç, sadece iddia makamı tarafından sunulan delille yetinmemeli "herkesin tam ortasında durarak dikkatlice araştırdığı bütün uygun delillere göre hüküm vermelidir". Bu, rasyonel ispat sisteminin Avrupa'nın kraliyet mahkemelerine getirilişinin en erken örneklerinden birisidir. Kuşkusuz Karolenj döneminde, delille tahkikat ya da soruşturma usulüne başvurulmuştur ancak çok daha ilkeldir ve dar bir çerçevede sadece kralın kendi mahkemelerinde ya da özel olarak oluşturulmuş kilise mahkemeleri ile aristokratların mahkemelerinde uygulanmıştır. Ariano Kararları ise aksine, pek çok davada ve bu davalarda yetkili bütün mahkemelerde uygulanabilecek çok daha ayrıntılı bir usul öngörmüştür. Daha önemlisi, bu usule sadece saldırının unsurları ispatlandığı duruşma aşamasında değil fakat ceza davalarında muhtemel saldırgana ulaşmak için iddianamenin hazırlanması aşamasında da başvurulmuştur.[24]

İTALYA'DAKİ NORMAN KRALLIĞINDA KRALLIK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Bir buçuk yüzyılda, II. Roger'ın 1112'de tahta çıkmasından torunu Frederick'in 1250'de ölümüne dek, Güney İtalya'nın hükümdarları, batı Avrupa'nın en güçlü, en varlıklı, kültürel olarak en gelişmiş seküler hükümdarları arasında yer almıştır. Bu alanlardaki başarıları dikkate değer ölçüde idari ve hukuki kurumlarının dehası sayesindedir. Bu kuşkusuz otokratik bir dehaydı; kral sadece pratikte değil teoride bile hukukun üstündeydi. Sicilya'daki Norman Krallığı'nda daha sonra İngiltere'de ortaya çıkan "hukukun üstünlüğü" ya da Almanya'daki *Rechsstaat* benzeri bir teori hiç olmamıştı. Ancak güçlü bir kanuni yönetim inancı mevcuttu. Daha önemlisi otokratın uyduğu yasanın sadece düzeni koruduğuna değil adaleti tesis ettiğine de inanılıyordu ve sürekli gelişen, zamanla büyüyen bir sistem olarak kabul ediliyordu. Roger'ın halefleri, bir yandan temel ilkelerini korudukları sistemi, yeni koşullara uygun yasaları düzenli biçimde çıkararak Roger'ın attığı temellerin üzerine inşa etmişlerdir.

Sicilya tahtına henüz üç yaşındayken 1197'de oturan ve hüküm sürmeye 1208'de on dört yaşındayken başlayan Frederick, anne tarafından büyükbabası Roger'ın başlattığı devlet otoritesi-

---

[24] Bkz. Hoffman, *Stellung*, s. 85.

ni merkezîleştirme ve bürokratikleştirme sürecini tamamlamıştı (Baba tarafından büyükbabası İmparator Frederick, babası ise İmparator VI. Henry idi; 1220'de Frederick'in kendisi tahta II. Frederick olarak çıkmıştır). II. Frederick'in reformları arasında kendisinin Güney İtalya Krallığı'ndaki; hem Sicilya Adası'ndaki hem de anakaradaki bütün kaleleri müsadere ederek onları özel kaleler ve konutlar olmaktan savunma birimine bağlı, küçük garnizonların yerleştiği idari kalelere çevirmesi de yer almaktadır.[25] Bütün idari makamları sarayın memurluğu haline getirmiş, onlara da saray hükümetinin diğer gümrük ve tekel vergilerini ödediği gibi maaş ödemiştir. Devlet memurlarını yetiştirmek amacıyla Napoli Üniversitesi'ni kurmuş; kapsamlı yasalar çıkarmış ve yargı erkinin çapını bunları uygulamak üzere genişletmiştir.

II. Frederick, Avrupalı çağdaşlarınca *immutator mundi* (dünyayı dönüştüren) ve *stupor mundi* (dünya harikası) olarak adlandırılmıştır. Gerçekten de olağanüstü bir dinamizmi ve hayret verici yetenekleriyle muhtemelen yaşamış en yetenekli insanlardan biriydi. Mükemmel bir askerî lider, devlet adamı ve yasakoyucu olmanın yanı sıra matematik, anatomi ve zooloji alanlarında yetenekli bir bilimciydi; aynı zamanda da spekülatif bir düşünür, bir mimar, Dante'den iki nesil önce anadilinde aşk şiirleri yazan bir şairdi ve avcı kuşlarla ilgili en yetkin eser olduğu söylenen *The Art of Falconry*'nin (Avcı Kuş Yetiştirme Sanatı) yazarıydı. Sadece İtalyanca değil fakat Fransızca, Almanca, Latince ve Yunanca da konuştuğu söylenirdi. Ne var ki, bu medeni nitelikler, sadece düşmanlarına değil kimi zaman sırf bilimsel merakını tatmin etmek için masum insanlara da yönelttiği keskin bir acımasızlık ve barbarlıkla birleşmişti. Frederick'in acımasızlığı onun güç arzusuna ve kendisinin Hıristiyan âleminin mutlak hükümdarı olacağına dair inancına da sirayet etmişti.

Frederick'in bu uzlaşmayan nitelikleri, bir dereceye kadar Sicilya Krallığı'nın yasalarını kodifiye etmesine de yansımıştır. Kendisinin *Augustan Yasaları* (*leges augustales* ya da *constitutiones*

---

[25] Presscott, *Lords of Italy*, s. 164. Presscott, Frederick'in yeni özel kalelerin yapılmasını da yasakladığını ancak uzun hükümranlığı boyunca, bizzat kendisinin stratejik mevkilere altmış yeni kale yaptırdığını da eklemektedir. Prescott'un; on birinci yüzyılın sonlarından on dördüncü yüzyılın başlarına kadar II. Roger'ın, II. Frederick'in ve Güney İtalya'nın diğer hükümdarlarının yaptıkları istismarlara ilişkin anlatımı, bu konuda yazılmış kesinlikle en parlak ve en iyi kısa anlatımdır.

augustates) dediği derleme, 1231'de yürürlüğe girmiştir. Modern dönemde daha çok *Liber Augustalis* (Augustan'ın Kitabı); zaman zaman da *Constitutions of Melfi* (Melfi Yasaları) olarak adlandırılmıştır.

Liber Augustalis, Ariano Kararları'na göre daha kapsamlı ve sistemlidir. Başlık denilen 253 maddeden oluşmaktadır ve modern basılı versiyonlarında 150 sayfa tutmaktadır.[26] Bir önsöz ve üç kitaba ayrılmıştır. Bunlardan ilki esas olarak kamu düzenine ilişkindir; maddi ceza hukukunu, adalet yönetimini ve medeni usulün hazırlık aşamasını da içermektedir. İkinci kitap, esas olarak medeni usul ve ceza usul hukukuna ilişkindir; üçüncü kitaptaysa medeni hukuk yer almaktadır ve krallığın eşya hukuku ve feodal eşya hukuku ile muhtelif haksız fiil türlerini de içermektedir. Bir bütün olarak "her hükümdarın imrendiği, her krallığın model aldığı ve bakanın kendisini gördüğü mükemmellik aynası"[27] olma iddiasındadır. Yine bir bütün olarak köklerini Sicilya krallıklarının tarihsel koşullarından alma ve pratik idari ihtiyaçlarını karşılama iddiasındaydı (ve öyleydi de).

Hukukun organik olarak gelişen bir sistem olduğuna dair Batılı hukuk kavramı, ihtiva ettiği altmış iki maddede, Frederick'in Sicilya tahtındaki başlıca atalarına -I. Roger, I. William ve II. William- açıkça atıfta bulunulmasıyla *Liber Augustalis*'e de yansımıştır. Dahası, bunlara sonradan "*Novel*" başlığı altında Frederick'in çıkardığı yeni yasalar eklenmiştir.

Liber Augustalis'in kendisinden önceki yasaların temellerinin üzerine inşa edildiğini gösteren örneklerden birisi kadınların hukuki statüsüne ilişkin iki hükmünde bulunabilir. Bunlardan ilki Kral Roger'a atfedilen bir yasadır ve şöyle demektedir: "Biz, cinsiyetlerinin zayıflığı nedeniyle zarar gören kadınlar için yasalarda adaleti; bizim yardımımızla olduğu kadar memurlarımızın da ellerinden gelenin en iyisini doğru dürüst ve mutlaka yapmalarını emrederek sağlayacağız". (2. Kitap, 41. madde) Bunu, İmparator Frederick'in şu sözlerle başlayan çok daha uzun bir yasası izlemiştir: "Büyükbabamız, kutsal Kral Roger'ın, kadınların hukuki statüsünü düzeltmek için yürürlüğe soktuğu yasadaki belirsizlikleri açıklığa kavuşturmak için emrediyoruz ki..." Daha

---

[26] Powell, *Liber Augustalis*, Bu çalışmaya yapılan spesifik atıflar metin içinde gösterilmiştir.

[27] Aktaran Prescott, *Lords of Italy*, s. 166.

sonra yeni yasa kadınların vasilerinin ya da vekillerinin ihmali ya da kastı nedeniyle gördükleri zararlar ile layıkıyla temsil edilen ve uğradıkları zarar cinsiyetlerinin güçsüzlüğü sebebiyle olmayan kadınların gördüğü zararı birbirinden ayırmıştır. Ayrıca kadınların, "yasayı bilmemeleri" ya da "cinsiyetlerinin zayıflığı" nedeniyle "farkında olamayacakları" yasaya aykırı kendi davranışlarının sonuçlarından korunmalarını sağlayacak davaların spesifik bir listesi yapılmıştır (1. Kitap, 44. madde).

Yasalardaki yeniden üretimin süreklilik ve gelişmesinin bir başka örneği de Kral Roger'ın hem seküler hem ruhban aristokratlara, kraliyetin mülkünü ya da haklarını devretmelerini ya da kötüye kullanmalarını yasaklayan kısa yasasıdır (3. Kitap, 1. madde). Bunu Frederick'in şu sözlerle başlayan yasası izlemiştir: "Büyükbabamız Kral Roger'ın aziz hatırasıyla, onun çıkardığı, *fief*'lerin ve feodal mülklerin azaltılmasını yasaklayan yasayı açıklamak için emrediyoruz. Hiçbir kralın *fief*'leri ya da feodal mülkü küçülten veya değiştiren devirleri ile sözleşmelerinin tarafımızca özel olarak onaylamadıkça hiçbir geçerlilikleri yoktur". Frederick bu tür sözleşmelere yerleştirilmiş hiçbir taahhüdün ve cezanın da geçerliliğinin olmadığını ve bu hususlarda uzlaşma ya da arabuluculuğa dayanan ve yargıçtan başka birisinin kuşaktan kuşağa geçen hükümlerin de geçersiz olduğunu söyleyerek devam etmiştir. Ancak mirasla devraldıkları arazilere yerleşen baronlara ve şövalyelere, eski usullere göre ödeyecekleri kira ve sunacakları hizmeti azaltmamaları kaydıyla bir istisna yapılmıştır (3. Kitap, 5. madde).

Liber Augustalis'te yer alan ve hukukun gelişmesine ilişkin üçüncü bir örnek de doktorların lisanslarıyla ilgilidir. Kral Roger'ın bir yasasına göre "deneyimsiz bir hekim krallıktaki hiç kimsenin üzerinde deney yapamasın diye" hiç kimse sarayın memurlarının ve yargıçlarının denetiminden geçmeden hekim olamaz. (3. Kitap, 44. madde) Frederick, buna ek olarak müstakbel hekime, "Salerno [Üniversitesi'nin] Üstadları'nca yapılan kamusal bir sınavdan" geçme; güvenilirliğine ve alanında bilgili olduğuna dair hem Üstadlar'dan hem de kralın atadığı uzmanlardan sertifika alma ve kraldan, kralın yokluğu halinde kralın sarayını kim yönetiyorsa ondan bir "şifa lisansı" alma zorunluluğu getirmiştir. Bu yasanın ihlalinin cezası, malvarlığının müsaderesi ve bir yıl hapistir.

Liber Augustalis, ilkelerin, kuralların, usullerin ve kurumların

büyüyen gövdesi, gelişen sistemi olarak Batılı hukuk kavramını yansıtmasının yanı sıra, senteze ve çatışan unsurların uzlaştırılmasına dayanan bir bütün olarak Batılı hukuk kavramını da yansıtmaktadır. *Liber Augustalis,* Bologna'daki skolastik hukuk bilimine göre yetiştirilen adamlar tarafından kaleme alınmıştır. Metnin kendisi "Üstad Capua'lı Petrus della Vigna'nın, büyük mahkememizin yargıcı tarafından derlenen" yasalara atıfta bulunmaktadır. Üstad Petrus, Bologna'da öğrenim görmüş ve Capua Başpiskoposu Jacopo'nun himayesinde Bologna'da öğretmenlik yapmıştır. Hukuki terimlerin ve teorilerin pek çoğu Iustinianus'un şerh edilen ve yorumlanan metinlerinden alınmıştır. "Yine de *Liber Augustalis*'i sırf Iustinianus'un hukukunun iktibası olarak düşünmek" James M. Powell'ın belirttiği üzere "ciddi bir hata olacaktır. Doğrusu derlemenin usulü hiç de öyle değildi. Yaklaşımı, hukuku krallığın *viri antiquores*'inde olduğu kadar mahkemelerin uygulamalarından da çıkarmaktı. Yasaların da ortaya koyduğu gibi derlemeyi yapanların görevi krallığın *common law*'unu bulmak ve onu krallık hukukuna dönüştürmekti". Ancak diye ekler Powell "eğer krallığın böyle bir hukuku yoksa; ki, yoktu, o zaman görev o hukuku yaratmaktı".[28]

Metin, geçen "*common law*" ifadesi, Roma hukukuna ve Lombardlar'ın hukukuna atıfta bulunmaktadır. Powell'ın vurguladığı üzere, Roma hukuku ve Norman hukuku gelenekleri *Liber Augustalis*'i derleyene ihtiyaç duyduğu kaynakları da sağlamıştır. Hepsinin ötesinde Üstad Petrus "*regno*'nun (krallığın) mevcut hukuk geleneği bünyesindeki farklılıkları çözümlemek ve kendisinin ve muhtemelen mahkemelerde hukuk uygulayıcısı olan şürekâsının hukuk bilgisini birleşik bir hukuk gövdesine süzmek için çağın entelektüel hayatını aydınlatan skolastisizmin ruhuyla hareket etmişti... [bu] gövdeyi biçimlendiren itici kuvvetin kaynağı, pratik siyasi gereksinimler ve Sicilya monarşisinin karşı karşıya kaldığı iç çatışmalardı".[29]

Sicilya monarşisinin ana ihtiyacı, 1231'de krallığın yetkilerinde meydana gelen büyük genişlemeye hukuki bir ifade kazandırmaktı. *Liber Augustalis,* kralı sınırsız iktidarı olan birisi olarak sunmakla, Papalık Devrimi'nin ruhundan ve teorisinden sapmaktadır. Önsöz "ulusların hükümdarları, insanlığın hayatta ve

[28] Powell, *Liber Augustalis,* s. xx.

[29] Ibid., s. xxi.

ölümde yargıçları ve ... kimin ne kadar servet, mülk ve statü sahibi olacağına karar veren Takdir-i İlahi'nin bir biçimde uygulayıcısıdırlar" diye başlamaktadır. Ayrıca hükümdarların Tanrı'ya, Kutsal Kiliseyi nasıl savunduklarına dair "hesap vereceklerini" de belirtmektedir; buradaki ima, kralların *doğrudan* Tanrı'ya hesap verecek olmalarıdır. Frederick başka bir yerde şöyle demektedir: "Tanrı'nın İsa'nın suretinde göründüğü gibi, adalet de imparator aracılığıyla görünecektir. İsa'nın kiliseyi kurduğu gibi imparator da imparatorluğunu kurmuştur".[30] Kilise, bu bağlamda, görünür, kurumsal olduğu müddetçe imparatorluğun bünyesindedir ve kilisenin dünyevi iktidarının tümü imparatora tabidir. Frederick sadece papalığın dünyevi iktidarına karşı koymakla kalmamış aynı zamanda ona karşı silahlı mücadele yürütmüştür. 1228'de papalığın birliklerine karşı kendi Haçlı seferini düzenlemiş ve Kudüs'ü ele geçirdikten sonra, kendisinin yokluğunda Güney İtalya'yı işgal eden papalık ordusunu kovmak üzere geri dönmüştür. Frederick, ayrıca imparatoru olduğu Kuzey İtalya kentlerindeki papalığın otoritesine karşı da savaşmıştır. 1245'te Papa IV. Innocent, resmî olarak Frederick'in "Tanrı tarafından reddedildiğini" ilan etmiş, imparatorluk yetkilerinden azletmiş ve onu kanun-dışı ilan etmiştir.

Her ne kadar krallığın mutlak iktidarını savunsa da Frederick'in yasaları, kent hukukunun değilse de feodal hukukun ve kilise hukukunun özerkliğinin sürmesini tanımıştır.

Liber Augustalis, feodal hukuk hususunda şöyle demektedir: "İtibarları tamamıyla korunabilsin diye ... biz; baronlara, kontlara, düklere ve diğer şövalyelere kendi soylularını yargılama hakkını tahsis ettik". Kontlar ve baronlar "bizim kararnamelerimize göre ya da kararnamelerin yokluğunda krallık tarafından onaylanan örfe göre" yargılanacaktır (1. Kitap, 47. madde). Soylu olmayanların soylulara yönelttikleri saldırılar için ağır cezalar getirilmiş ve borçlara ilişkin davalarda, soyluların taahhütlerine daha fazla ağırlık verilmiştir (1. Kitap, 101. madde). Ayrıca kadınların çeyiz hakları, feodal hiyerarşideki üstlerine karşı korunmuştur (3. Kitap, 16. madde). Vasallar lordlarının fidyelerinin ödenmesine, onların oğullarına şövalyelik payesi verilmesine, kızlarının ve oğullarının evliliklerine ve kral ya da ordusu için arazi alımına yardım etmeye zorlanabilecektir (3. Kitap, 20. madde).

---

[30] Aktaran Presscott, *Lords of Italy*, s. 167.

Lordlara, kendisine kefil olmayan ya da hukuki işlemlerinde hesap vermeyen ya da lorda, eşine ve çocuklarına karşı cürüm işleyen vasalın malvarlığına el koyma yetkisi verilmiştir. "Aksi durumlarda da bir lorda krallığı ilgilendirmeyen ceza davalarında, vasalına kefil olmazsa ya da vasalını sebepsiz yere döverse ya da vasalının eşiyle zina yaparsa, kızını iğfal ederse o lord egemenliğini yitirecek ve adı geçen kişi doğrudan bizim [sarayın] mahkemesine tabi olacaktır" (3. Kitap, 19. madde).

Kiliseye gelince, *Liber Augustalis,* Kral I. William tarafından çıkarılan ve ruhbanlara geniş imtiyazlar tanıyan yasayı muhafaza etmiştir. Buna göre "krallığımızdaki herhangi bir ruhban, açıkça bir kimsenin yargılanacağı ve lanetleneceği bir şeyi yapmakla suçlanırsa, bizim ve bizim mahkememiz tarafından değil kilise ve kilisenin mahkemesi tarafından yargılanacaktır... Ayrıca bizim mahkemelerimizin yetki alanındaki ihanet ve benzeri ağır suçlarla itham edilmedikçe kanonlara ve kilisenin hukukuna göre lanetlenecektir" (1. Kitap, 45. madde). Kilise'nin arazilerine ilişkin olarak ruhbanlara karşı açılan davalarda da kilise mahkemeleri yetkili olacaktır ancak ruhbanlara açılan ve kilise arazilerine ilişkin olmayan davalarda, davalı arazi sahibinin tabi olduğu mahkemede yargılanacaktır (1. Kitap, 68. madde).

Liber Augustalis'ta muhafaza edilen Kral I. William'ın bir diğer yasasına göre şahsi irtifak hakkı olan köylülerin din adamı olması yasaklanmıştır. Ancak "bir hissesi ya da arpalığı olanların arasında din adamı olma arzusu taşıyan varsa, zilyedi oldukları mülkten feragat ederek onu lordlarına verdikten sonra, lordun iznini dahi almadan din adamı olabilirler" (3. Kitap, 3. madde).

Liber Augustalis, kent hukukuna sadece birkaç yerde, o da olumsuz ifadelerle atıfta bulunmuştur. Buna göre geleneklere dayanarak veya halkı seçimiyle *podesta*ları, konsülleri ve diğer görevlileri yaratan şehirler (komünler) "ebedi bir kimsesizliğe ve o şehrin bütün insanları cebri çalışmaya mahkûm edilecek ... [ve] adı geçen makamlardan birisini kabul eden kimseler ölümle cezalandırılacaktır" (1. Kitap, 50. madde). Ayrıca daha önce Messina, Napoli, Aversa, Salerno ve diğer kentlere verilen, krallığın merkezî ve bölgesel mahkemelerinden kaçınmalarını sağlayan imtiyazlar ve gelenekler geçersiz ve hükümsüz sayılacaktır (1. Kitap, 106. madde). Üstelik kendisine dava açılan bir komün cevap vermek zorundadır aksi halde yasalara başkaldırıdan para cezasına çarptırılacaktır (1. Kitap, 107. madde).

Liber Augustalis, özerk yerel yönetimlerin kurulmasını yasaklarken şöyle demektedir: "Biz krallığımızın her yerinde sadece hükümranlığımız tarafından ya da bizim emrimizle ihdas edilen makamların olmasını istiyoruz: yüksek yargıçların, yargıçların, mabeyincilerin, kralın temsilcilerinin" (1. Kitap, 50. madde). Bu listede yer alanların hepsi, esasında mâli sorumlu olup sınırlı yargısal görevleri de olan mabeyinci dışında, yargıçtı. Aslında merkezî bir kraliyet iktidarının kurulması on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Avrupa'daki diğer yerlerde olduğu gibi Normanlar'ın Sicilya'sında da merkezî maliye aygıtlarının rasyonalizasyonu kadar yargı makamının genişlemesiyle yakından ilişkiliydi. Frederick burada Roger'ın attığı temellerin üzerine çıkmış ve müdahaleci hükümdarların yaptıklarını yapmaya devam etmiştir.

Liber Augustalis'in 1. Kitabı esas olarak kamu düzeni ile ilgilidir ve birinci maddesi, ihanetle eş tutarak sınıflandırdığı "kamuya karşı işlenmiş" bir suç sayılan sapkınlığın ihbarı ile başlar. Bir nedenle ihanet için özel bir madde öngörülmemiştir. İhanet için sadece "[sapkınlıktan bile] daha kötüdür çünkü birisinin kutsal krallığa zarar vermeye çalıştığı anlamına gelir" denmiştir. İhanet 4. maddede "kutsal şeyleri tahkir" suçuyla; "[kralın] ya da kralın değerli bulduğu kimselerin kararlarına, hükümlerine, yasalarına ve planlarına karşı çıkma" ile kıyaslanarak daha da ileri taşınmıştır. King Roger'ın bu yasası halefleri tarafından da uygulanmıştır.

1. Kitap'ta düzenlenen diğer suçlar, şiddet suçları ile kraliyet memurlarına karşı ya da onlar tarafından işlenen suçlardır. Kurbanların bizzat ihkak-ı haktansa mahkemelere başvurmalarına özel bir önem verilmiştir. Meşru müdafaa hakkı tanınmıştır ancak bu saldırı hakkı derhal kullanılmalıdır ve savunma, saldırıyla orantılı olmak zorundadır. Ayrıca birisinin mülküne gece tecavüz edilirse, mağdur aynı anda "bağırmak" şartıyla mütecavizi öldürebilir. Bunun dışında "ulusların hukukuna göre tanınan" meşru müdafaa hakkı, mahkemedeki iddia makamı ile ya bizzat kurban ya da kamu otoritesi tarafından incelenmelidir.

Zırhlı elbise giymek ya da keskin silahlar (listesi verilmiştir) taşımak, bu silahları taşıma yetkisi olan memurlarla kılıç taşıyabilen kralın mahkemesinin görevlileri, şövalyeler ve yaşadıkları yerin dışına ticaret yapmaya giden şehirliler dışında kalanlara yasaklanmıştır. Yasak silahlardan birisi ile bir insana saldırmanın

cezası, bir elin kesilmesidir. Eğer maktul şövalye ya da daha üst statüde biri ise cezası, failin kılıçla idamıdır. Eğer maktul şövalyeden daha aşağı statüdeyse, failin cezası asılarak idamdır. Çocukluk ve akıl hastalığı defiler arasındadır. Gayrimenkullerin zorla alınmasının cezası arazinin yarısı değerinde; menkullerin gaspı halinde dört katı değerinde para cezasıdır. Mülkü gasp edilenin, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı vardır.

Gasp, hile ya da zorla malı alınanlar, zararlarının telafi edilmesini isteyebilir; eğer failler bulunamazsa "ya da [suç] bölge halkının sakinleri tarafından saklanacak kadar sıklıkla gerçekleşiyorsa", zarar "suçun işlendiği yerde yaşayanlar tarafından" telafi edilecektir. Bu yasanın amacı kısmen "hâlihazırda kendilerine karşı uygulanan zulmün çok fazla olduğu bilinen" Sarakenleri ve Yahudileri korumaktır. İşkenceye, böylesi suçların ortaya çıkarılması için istisnai bir araç olarak başvurulabileceği de belirtilmiştir (1. Kitap, 27. madde) (Buna sadece *Liber Augustalis*'in işkenceden bahsedilen kısmında yer verilmiştir).

Kamunun parasının, kraliyet memurları ya da yargıçlar tarafından zimmete geçirilmesinin cezası idamdı. Kamu mallarının, bir memur tarafından ihmali, zarar görmesi ya da azalması halinde "kraliyetin takdirine bağlı olarak" daha hafif cezalandırılırdı (1. Kitap, 36. madde, King Roger'ın yasası).

Sicilya adalet sistemine ilişkin *Liber Augustalis*'te yer alan diğer önemli özellikler aşağıda sıralanmıştır:

1. Yüksek yargıçlara, soygun, büyük hırsızlık, hanelerin yıkılması, kasti tahkir, kundaklama, meyve ağaçlarının ve üzüm bağlarının kesilmesi, kadınlara saldırılması, düello, ihanet suçları, keskin silahlar "ve genel olarak cezası idam ya da organların kesilmesi olan bütün suçları" yargılama yetkisi tanınmıştır. Yüksek yargıçların, saray nazırlarının, kralın temsilcilerinin ve feodal lordların adalet dağıtmaktan kaçındığı sivil davalarda da yargı yetkileri bulunmaktadır. Ne var ki bu sivil davaların ve ceza davalarının en önemlileri üzerindeki yargı yetkisi bizzat kralın mahkemesine tahsis edilmiştir (44. madde).

2. Yargıçlar, maaşlarını kralın mahkemesinden alacak ve dava süresince, davanın taraflarından "bir kereliğine kendileri ve diğerleri için su ve yemek almaktan" başka hiçbir şey almayacaklardır. Bununla birlikte, karar verdikten ya da ihtilaf çözüldükten sonra yargıçlar, davanın iki tarafından da davada söz konusu olan miktarın ya da mülkün tahmini değerinin otuzda birini ala-

caktır. Yargıçların otuzda bir yerine ya da otuzda bire ek olarak yüzde birini ya da altmışta birini alacağı koşullar da düzenlenmiştir (73. madde).

3. Sadece kralın mahkemesinin yargıçları tarafından sınava tabi tutulan ve kral tarafından onaylananlar mahkemelerde avukat olarak savunma yapabilirdi. Avukatların ayrıca bölge yüksek yargıçları tarafından da sınava tutulması ve onaylanması gerekmekteydi (83. madde).

4. Yüksek yargıçların "Tanrı'nın ve adaletin huzurunda hile yapmadan ve taraflar için mümkün olduğu kadar kısa sürede adaleti tesis edeceklerine" dair yemin etmeleri gerekiyordu (46. Madde). Saray nazırlarının ve kralın temsilcilerinin çok daha detaylı bir yemin etmeleri gerekiyordu (62. madde.)

5. Bütün mahkemelerdeki hukukçuların (*advocati*, avukatların), kabul edilmeden önce ve sonra her yıl yüksek yargıçların huzurunda şu yemini etmeleri gerekiyordu: "Savunmayı kabul ettikleri bütün taraflara dürüstlük ve sadakatle ve hiçbir hileye başvurmadan yardım edeceklerdir. Onlara davanın gerçekleri hakkında talimat vermeyecektir. Gerçekte bildiklerinin aksine iddiada bulunmayacak ve olanaksız davaları kabul etmeyeceklerdir. Başta kendilerine doğru görünen ancak taraflardan birisinin yalanları nedeniyle tahrif edilen davaları kabul etmiş olabilirler ancak davanın seyri, yasa yahut olgu onlara haksız görünürse, savunma görevlerini derhal bırakacaklardır... Ayrıca davanın seyri esnasında ücretlerini yükseltmeyeceklerine ve davanın taraflarından biriyle bir sözleşme yapmayacaklarına dair de yemin edeceklerdir". Bu yemine uymamanın cezası "üç pound (yaklaşık bir buçuk kilogram) som altındır" (84. madde).

1. Kitap mahkemelerin, özellikle hukuk davalarında işleyişine ilişkin bir dizi hüküm içermektedir. Her yargılama ister hukuk olsun ister ceza yargılaması, celpname adı verilen ve yüksek yargıca ya da kralın temsilcisine verilen yazılı bir dilekçe ile başlar. "Bu dilekçeler açıkça kimin kimi hangi hususta çağırdığını olduğu kadar açılan davanın türünü ve mahkemeye çağrılan kimsenin eğer bu bir ceza davasıysa kendisinin, hukuk davası ise kendisinin veya temsilcisinin hangi sürede mahkemeye çıkması gerektiğini içermelidir. Bir ... emredici celpte en fazla otuz günlük bir süre olmalıdır... Eğer [celp gönderilen] krallığın dışında yaşıyorsa, celpnamede altmış günlük bir süre tanınmalıdır" (97. madde). Davalının nerede olduğu bilinmiyorsa yahut kendisine

ulaşılamıyorsa celpname, eşinin ya da yakın akrabalarının yaşadığı yere tebliğ edilirdi. "Ancak evin kapıları celbi getirene açılmazsa, celpnamenin [halktan iki ya da üç] şahitlerin huzurunda evin kapı eşiğine bırakılmasını emrediyoruz" (98. madde). Bunu mahkemeye çıkmayı reddetmeye yahut belirlenen sürelere riayet etmemeye ilişkin cezalar izlemiştir.

Yargılama işlemlerine ilişkin hükümlerde karşılaşılan sorunlar, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda krallık hukukunun karşılaştığı sorunların en önemlileri arasında yer almaktadır: Gönülsüz birisi mahkemeye nasıl getirilir, ona yöneltilen ithamlar hakkında nasıl yeterince bilgilendirilir, yargılamanın resmî sürecinden istifade etmek isteyen taraflara ne kadar esneklik tanınmalıdır gibi... *Liber Augustalis*'in bu sorunlara 1231'de bulduğu çözümlerde çarpıcı olan, çözümlerin modernliğidir. Frederick, kendi döneminde Avrupa'nın diğer ülkelerinde başarılanların çok ötesine geçmiştir. Örneğin İngiltere'de emredici celpnamelerde, hukuk davalarına riayet etmeme "bahanelerine" (mazeretlere) ilişkin sorunların çözülmesi yüzyıllar sürmüştür. İngiltere ve Amerika'da "hangi hususta" "ne tür bir dava" olduğunun belirtildiği celpnamelerde, tekdüzeleşmiş usul yükünün altından kalkmak on dokuzuncu ve yirminci yüzyılları bulmuştur. Eşiğe tebligat sürecine gelince, çağdaş metropollerde, birtakım bariyerlerin arkasına gizlenen gönülsüz davalılara tebligat ulaştıran ulakların ustalıklı hizmetleri hatırlanmalıdır.

Tanıkların sorgulanması ile yazılı ve diğer delillerin incelenmesi sivil davalardaki tek ispat usulüydü; bu tür davalarda düello ve işkence ile yargılama kaldırılmıştı. Yargılama usulünün soru ya da sorgulamaya dayanan yeniliği kuşkusuz yeni sorunlar doğurmuştur. Bu nedenle de "yargılama sürecini gürültü yaparak sık sık bölen kimseler" özel bir hükümle engellenmiştir. "Müstakbel taraflara ve duruşmada hazır bulunanlara; yasaları bildiren *magistrate*'ye saygı göstererek mahkemenin huzurunu bozmamalarını emrediyoruz. Mahkemede yetkili olanlardan izin almadan iddiada bulunmaya ya da bir şey istemeye kalkışmasınlar... Avukat savunma yaparken yardımcısı ya da esas taraflardan birisi yasaya ya da olguya dair bir hususu hatırlarsa, avukatın kulağına fısıldama zahmetine katlanacaktır... Ancak bir kimse belirli bir sürede kralın temsilcisi ya da yargıç tarafından üç kez uyarılır ve yine de sessiz kalmazsa, mahkememize; eğer köylü ise bir, kasabalıysa iki, şövalye ise dört, baronsa sekiz, kont ise

on altı *augustalis* para cezası öder. Bütün memurlarımız bilmelidir ki, eğer birisinin lehine olarak bu cezayı vermekten kaçınırlarsa hiç şüpheleri olmasın miktarın tamamını onlardan tahsil ederiz". "Adalete saygı sessizliği gerektirir" (32. madde).

1. Kitap hukuk davalarında mahkemeye itaatsizlik ile sonlanırken, 2. Kitap ceza davalarında mahkemeye itaatsizlik ile başlamaktadır. 2. Kitap kralın mahkemesinin başyargıcı ya da bölge mahkemelerinin yüksek yargıçları tarafından yapılan tahkikatla başlayan iddianame süreciyle devam etmektedir. Böylesi bir tahkikat birileri itham edildiğinde ya da zanlı olduğunda yapılırdı. Kaçakların, sürgünlerin ya da bir şekilde namı kötü olanların ve oğullarının adlarının saray arşivine kaydedilmiş olması tahkikatı kolaylaştırıyordu (5. madde). Yasal işlemlerde suiniyet olarak adlandırılan hile veya dolandırıcılık cezalandırılan bir suçtu. "Yargıçlar ... açıkça iftirada bulundukları ortaya çıkan itham edenlerle muhbirleri, suçun doğası gereği ithamları doğru olsa idi suçlu ne ceza alacaksa onunla cezalandırmalıdır" (14. madde).

Sorun bir kere hukuk davasına ya da ceza davasına konu olduğunda, davacı ya da itham eden "iddiasını kanıtlayan ya da destekleyen her şeyi aynı gün ya da en fazla ertesi gün ya kendisi sunmalıdır ya da avukatı aracılığıyla yahut yazılı olarak sunmalıdır... Davalı da... aynı zamanda... bütün yeterli *de facto* savunmalarını... ya kendisi... ya avukatı aracılığıyla... ya da yazılı olarak sunmalıdır" (24. madde). Davanın tarafları, daha sonra yargıcın takdir yetkisi dâhilinde sorgulanacaktır. Yargıç sorgulanan kimsenin "rütbesine ya da davanın niteliğine göre ya da birilerinin yalan söylediğine dair şüphesi varsa [ondan] kutsal yemini etmesini" talep edebilir (31. madde).

İşkenceyle yargılama tümüyle kaldırılmıştır (32. madde). Düello ise, başta hainlere, gizli cinayetlere ve zehirlemeye dair olanlar olmak üzere birkaç dava dışında kaldırılmıştır (33. madde). Bir soyluya yöneltilen suç ithamını kanıtlamak için gereken tanık sayısı, tanıkların sınıfına göre değişirdi; bir konta karşı iki kont, dört baron, sekiz şövalye, sekiz kasabalı; bir barona karşı iki baron, dört şövalye, sekiz kasabalı gibi... (33. madde).

2. Kitap'ın son başlığı "Temyizde delillerin sunulması"dır. Madde "hukukçuların anlaşmazlığına bir son vermek istiyoruz" diye başlar. Madde kısaca, temyiz aşamasında başvurucunun, yargılama esnasında sunamadığı yeni bir delil olmadıkça, başka delil sunamayacağını öngörmektedir.

3. Kitap, öncelikle krallık arazileri ile feodal araziler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Söylemeye gerek yok, esas olan krallığın feodal araziler üzerindeki sınırlamalarıdır. Frederick, herhangi bir kontun, baronun ya da şövalyenin yahut arazisini *fief* olarak doğrudan kraldan alan diğer soyluların, krallığın izni olmadan evlenmesini ya da "krallığın bazı bölgelerinde görülen örfe rağmen" bir kadını ya da oğullarını menkul ya da gayrimenkul vererek evlendirmesini yasaklamıştır (23. madde). Frederick ayrıca "bir kont ya da baron öldüğünde, oğullarının ya da torunlarının; yemin edilmesi için önce krallığın iznini ve himayesini almadıkça, müteveffanın adamlarından [yani vasallarından] [bağlılık] yemin[i]" talep edemeyeceklerine hükmetmiştir. Aksi halde kontluğa ya da baronluğa, *fief* ve bütün menkul ve gayrimenkulleri ile birlikte el konulacaktır (24. madde).

Liber Augustalis'in 3. Kitabı'nın yaklaşık son elli hükmü, pek çoğu ilgi uyandıran çeşitli konulardadır.

1. Temiz havayı korumak için kimsenin herhangi bir kentin ya da kalenin bir mil etrafında keten ya da kendir ıslatmasına izin verilemeyecektir. Tabutu olmayan ölüler belli bir derinliğe gömülecek; kadavralar ve pislikler bölgenin çeyrek mil uzağına ya da denize veya nehre atılacaktır (23. madde).

2. Zanaatkârlar, ürünlerini konacakları yere uygun olarak üreteceklerdir. Kasapların ve balıkçıların katkılı et ya da balık satmaları; bar sahiplerinin ve şarap satıcılarının sulandırılmış şarabı safmış gibi satmaları yasaklanmıştır. Belli ayarda altın ve gümüş içermeyen hiçbir altın ya da gümüşün işlenmesine izin verilmeyecektir. Bu tür hilelerin ortaya çıkarılması usulü öngörülmüş ve tekrarlanmaları halinde verilecek cezalar düzenlenmiştir. İlk defa için para cezası (eğer zanaatkâr ya da tacir para cezasını ödeyemeyecek kadar fakirse dayak), ikinci defasında bir elin kesilmesi, üçüncüsünde "yabayla ölüm"; aynı cezalar rüşvet ya da kayırma nedeniyle bu suçları cezalandırmayan memurlar için de öngörülmüştür (49. madde).

3. Krallıktaki tacirler için tek bir ağırlık ve uzunluk ölçüsü öngörülmüştür (50, 51. madde).

4. Çürük ya da yasaklanmış ürünlerin ticaretini yapan, hileli ölçü kullanan tacirler, bu fiillerinden dolayı yabancılar zarar görmüşse iki kat ağırlaştırılmış cezaya çarptırılacaktır (52. madde).

5. Aşk iksiri veya zararlı gıda dağıtanlarla şeytan çıkaran sahteciler eğer insanlar bu eylemler sonucunda ölürse ya da ak-

lını yitirirse ölümle cezalandırılacaktır; ancak zarar görmezlerse, failler bir yıl hapis ve mallarının müsaderesi ile cezalandırılacaktır. Frederick buna şunu eklemiştir: "Her ne kadar gerçeği ve eşyanın tabiatını bilenlere önemsiz görünse de...insanların zihinleri, alıcının şüpheleri bu duygularını azaltmadıkça aşka ve nefrete dair yiyecek ya da içeceklerden [iksirlerden] etkilenecektir. Öte yandan bu varsayım nedeniyle, zarar hiç doğmasa da en azından başka birine zarar verme arzusunu, cezasız bırakma niyetinde değiliz" (73. madde).

İngiltere

911 yılında İskandinav Rollo (Rolf) ve takipçileri Frank kıyılarına yaptıkları akınları durdular ve imparatorun da lütfuyla aşağı Seine bölgesine yerleştiler. Bir yüzyıl içinde Normanlar, Frank kurumlarını hukukları ve dilleri de dâhil olmak üzere asimile ederek, siyasi ittifak ve yönetim sanatında olduğu kadar askerî bir deha da göstermeye başladılar. 1047 yılında, Rollo'nun asıl torunlarından olan Normandiya Dükü on sekiz yaşındaki William, onu Avrupa'nın en güçlü iki ya da üç hükümdarından birisi yapan askerî ve siyasi kariyerine başlamıştır. İlk yılları, Anjou Kontu ile Fransa Kralı da dâhil olmak üzere hem içerdeki hem de dışarıdaki düşmanları püskürtmekle geçti. Bu süre içinde İngiliz kralı Aziz Edward'ın (Edward *The Confessor*) desteği William'ı rahatlatmıştır; Edward çocuğu olmadığı için 1051 yılında William'ı varisi olarak atamıştır. Edward'ın 1066'da ölümü üzerine, o sırada Normandiya'daki iktidarını pekiştiren ve Brittany ve Maine bölgelerini de topraklarına katmış olan William, yedi bin adamıyla İngiltere kıyılarına gelmiştir. Bunların bini yetiştirilmiş atlılardır (atlarıyla birlikte) ve tahtta hak iddia eden Godwin'in oğlu Harold'un isyanını bastırmışlardır.

İngiltere'nin Norman işgalcileri, aynı dönemde Güney İtalya'yı fetheden Normanlar'la akrabadır. Her şeyden evvel Normanlar, güçlü bir ortak ulus duygusuna sahipti. Nerede olurlarsa olsunlar Norman olduklarını asla unutmazlardı. Öyle ki, Dük William'ın, Hastings Savaşı'nda birliklerini Apulia, Calabria ve Sicilya'daki memleketlilerinin başarılarını hatırlatarak cesaretlendirdiği söylenir. Daha önemlisi, belki de ortak misyonları buydu. Normanlar hem İngiltere'ye hem de İtalya'ya haçlı ordusu, gerçek inancın taşıyıcısı ve kendilerince "İsa'nın askerleri" olarak gelmişlerdir. William, Robert Guiscard ve Kont Büyük Roger gibi, Cluny Reformu taraftarıydı ve bu nedenle de ruhban-

ların evlenmesine, kilise makamlarının alınıp satılmasına ve rahiplerin baronlara tabi olmasına karşıydı. Aynı sebeple imparator ya da kralın başpapaz ve hâkimiyet alanındaki en yüksek din adamı olduğu kutsal krallığın da taraftarı idiler. Başlangıçta bu durum onları papalıkla karşı karşıya getirmedi; aksine Cluny Reformunu destekleyen ve daha başında papalığın seküler denetimden bağımsızlığını savunarak yeni bir yön belirleyen papalıkla ittifak yaptılar. 1060'lar ve 1070'lerde papalık, Norman hükümdarların reformcu coşkusunu hoş karşılamış ve imparatorluğa karşı verecekleri eli kulağındaki savaşta onların siyasi desteğinden istifade etmişlerdir. Tıpkı Papa II. Nicholas'ın Richard ve Robert Guiscard'ı daha başından, 1959'da kutsadığı gibi, Papa II. Alexander da 1066 yılında, yozlaşmış İngiliz kilisesini düzeltmek için haçlı seferi düzenleyen İngiltere fatihi William'ı önceden kutsamıştır.[31]

Bundan birkaç yıl sonra Papa VII. Gregorius kendisinin 1075'teki Buyruklar'ında (*Dictatus Papae*) ileri sürdüğü üstünlük iddiasının hem İngiltere hem İtalya'daki Norman hükümdarlarca kabul edilmesine umut bağlamıştır. Onlar ise bunu nazikçe reddetmiştir ancak Papa da onlara çok fazla baskı yapmamıştır. Norman hükümdarlar kendi krallıklarında ruhban sınıfının tam denetimini ellerinde tutmuşlardır. Fatih William -Robert Guiscard ve Roger gibi- piskoposları, Roma'ya danışmadan kendisi atamış; İngiltere'nin doğuştan Norman olan veya Norman gibi yetiştirilen iki piskoposu dışında hepsinin yerine yenilerini atamıştır (Canterbury Başpiskoposu Büyük Lanfranc, halefi ünlü Anselmus gibi, İtalya'da doğmuştur ancak her ikisi de sırasıyla I. William ve II. William tarafından İngiltere'ye getirilmeden evvel, Normandiya'da çok önemli görevlere getirilmiştir). Ayrıca Fatih William İngiltere ve Normandiya kiliselerini bağlayacak yasalar çıkarmakta tereddüt etmemiştir.

Böylece İngiltere'nin Norman krallarının *sezaropapist* eğilimleri, özünde Güney İtalya'daki Norman krallarının eğilimlerinden farklı değildi. 1087'den 1100'e kadar İngiltere'de hüküm süren II. William (William Rufus) -Fatih William öldükten sonra kardeşi Robert Normandiya'ya gitmişti- kilisenin haklarını gözünü kırpmadan ihlal etmişti ve Anselmus'un desteği olmasaydı 1098'de papa tarafından aforoz edilecekti. Yine de tiran William dahi papalık elçisini atamaya kalkışmamıştır; oysa Kont Roger

---

[31] Bkz. Douglas, *Norman Achievement*, ss. 105-106.

sadece bu atamayı kendisi yapmakla kalmamış halefleri de devam ettirmiştir.[32] İngiltere ve Normandiya'nın Norman hükümdarları, fetihten sonraki ilk iki nesil boyunca kiliseye topraklarında tamamen hâkim olmasalar da; Sicilya'nın aksine İngiltere ve Normandiya nüfusunun çoğunun papalık taraftarlarını barındırdığı gerçeğini hesaba katmak zorunda kalmışlardır. Aynı zamanda kral için "kilisenin bağımsızlığına" dair kimi imtiyazların tanıması, önde gelen Norman ve Anglo-Sakson liderlerin desteğini alabilmeleri için önemliydi. Zira bu liderler sadece İngiliz alt sınıflarının büyük çoğunluğunu oluşturmuyor fakat aynı zamanda üst sınıfların kimi unsurlarını da oluşturuyorlardı.

İngiltere ve Normandiya'da, krallığın kilise üzerindeki denetimine dair izin verilebilir sınırlamalar ayrımı, gelecek için de önemliydi. Bu ayrım, Fatih'in torunu Stephen'ın hükümdarlığı sırasında (1135-1154) sivil otoritenin çökmesine âdeta katkıda bulunmuş ve nihayetinde Stephen'ın halefi II. Henry (1154-1189) ile Başpiskopos Becket arasındaki kaçınılmaz çatışmaya yol açmıştır.

Kuşkusuz Normandiya, İngiltere ve Güney İtalya arasındaki sosyo-kültürel olduğu kadar siyasi farklılıklarla, Güney İtalya'nın Yunan, Bizans ve İslam yerleşimlerinin tarihsel arka planı, iki ülkenin kiliseleri arasındaki farkı; özellikle de Sicilya kilisesinin Kont I. Roger (ö.1105) ve Kral II. Roger (ö. 1154) ile haleflerinin yükselişi karşısındaki başarısızlığını açıklamaya yardımcı olmaktadır.

Bununla birlikte İngiltere ve Normandiya'daki kilisenin, 1066'dan hemen sonraki hukuki durumu, Sicilya'daki Norman Krallığınınki ile mutlak bir benzerlik göstermektedir. Roger gibi William da hâkimiyet alanındaki piskoposları atamış ve onları denetlemiştir. 1067 tarihli bir kararnamesinde William, İngiltere Kralı ve Normandiya Dükü'nün, bir papanın İngiltere ve Normandiya'da tanınıp tanınmayacağına karar vermek yetkisine sahip olduğunu; kendi krallığındaki hiçbir kilise konsülünün kendi rızası olmadan kanon hukuku ihdas edemeyeceğini ve kralın, kilisenin baronlara ve krallık görevlilerine verdiği cezaları veto hakkının olduğunu ilan etmiştir.[33] William kilise mahkemeleri ile seküler mahkemeleri ayırmıştır; 1072 yılında ise ruhani davaların

---

[32] Ibid., s. 144.

[33] William'ın kararnamesinin yeniden yazımı için bkz. William Stubbs, *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward I* (Oxford, 1913), ss. 95-99.

piskoposlar ve baş-diyakozlar tarafından kendi mahkemelerinde "kanon hukukuna ve kilise yasalarına göre" görüleceğini emretmiştir.[34] Sicilya'da da I. Roger tarafından yapılan bu ayrım, kiliseleri yerel etkilere karşı korumuştur ancak kilise mahkemelerinde de en üstün güç olmayı sürdüren krala karşı koruyamamıştır. Hem Fatih William hem de oğlu William Rufus, İngiltere ve Normandiya ruhbanları üzerinde papalığın üstün yetkisinin bulunduğunu ileri süren Papa VII. Gregorius'un ve haleflerinin çabalarını savuşturmuştur. William Rufus, hor görüsünü, Canterbury Başpiskoposluğunun, Lanfranc'ın ölümünden sonraki dört yıl boyunca başpiskoposluğun gelirlerini krallık toplayabilsin diye boş kalmasına izin vererek göstermiştir.

Ancak William Rufus'un kardeşi I. Henry 1100'de İngiltere tahtına çıktığında, papalığın konumu Kral Henry'den ruhbanların atanmasına ilişkin tavizler koparacak kadar güçlenmiştir. Buna karşılık Henry, Normandiya'yı erkek kardeşi Robert'tan geri alma mücadelesinde papalığın desteğini almıştır. 1107'de Normandiya'da yapılan Bec Anlaşması'nı, 1122'deki Worms Anlaşması'nı, 1122'deki başpiskoposları ve baş keşişleri "Kiliseyi aldım" diyerek ve nişanları; yüzük ve asa ile atama yetkisini kraldan papaya devreden Worms Anlaşması'nı hazırlamıştır. 1122'deki imparator gibi Kral I. Henry de başpiskoposların ve baş keşişlerin İngiltere ve Normandiya'daki kilise tarafından özgürce seçilmesini kabul etmiş ancak seçimde hazır bulunma hakkını elinde tutmuş ve böylece ihtilaf olduğunda seçimlere müdahale etmiştir. Daha önemlisi daha sonra Almanya'da olduğu gibi İngiltere ve Normandiya'daki başpiskoposlar ve baş keşişler, kral onları asasıyla, karşılığında biat ve sadakat yemini alarak, nişanları *"regalia"*ile birlikte atayana dek kilise tarafından kutsanamamıştır.[35]

Başpiskoposlara ve baş keşişlere verilen kraliyet imtiyazları -o dönemde- I. Henry'nin İngiltere ve Normandiya'daki kilise üzerindeki yetkilerini önemli derecede etkilememiştir. Papalık İngiltere ve Normandiya'da sadece Stephen'ın hükümranlığındaki sözde anarşi döneminde önemli sayılabilecek güç ve saygınlık kazanmış ve sadece ardından gelen II. Henry'nin hükümranlığında -özellikle de Becket'ın şahadetinden sonra- krallığın ve

[34] Ibid., ss. 99-100.

[35] Bkz. Z. N. Brooke, *The English Church and the Papacy* (Cambridge, 1931), ss. 154-155.

dükalığın hâkimiyetinden dikkate değer bir bağımsızlık kazanmıştır. Elbette, bu papalığın istediği ölçüde değildir; ancak on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda kilisenin Avrupa'nın pek çok diğer ülkesinde kazandığı bağımsızlıktan daha geniş, Sicilya'dakinden ise hayli hayli geniştir.[36]

Paradoksal olarak İngiltere ve Normandiya'da kilisenin bağımsızlığı kraliyetin idari ve hukuki araçlarının gelişimini beslemiştir. Bu kısmen dualist dinî ve seküler otorite teorisi nedeniyledir; buna göre seküler hükümdarlar, memleketlerinde barışı korumakla ve adaleti tesis etmekle sorumludur. Kısmen de krallığın kilise devleti ile kıskanç rekabeti nedeniyledir. Bununla birlikte İngiltere ve Normandiya'da, on ikinci yüzyılın sonları ve on üçüncü yüzyılın başlarında kilisenin kraliyet otoritesinden en bağımsız, buna karşılık papalık otoritesine en bağlı olduğu yerlerdeki Avrupa yönetimlerinin, aynı zamanda kraliyet idaresinin ve hukukunun en çok -neredeyse Sicilya'daki kadar- geliştiği yerler olması tesadüfî değildir. Aslında en azından on altıncı ve on yedinci yüzyıllara kadar var olan ve gelişen modern İngiliz kraliyet hukuku (İngiltere'deki *common law*) sisteminin temelleri II. Henry'nin yönetimi altında atılmıştır.

II. HENRY'NİN KİŞİLİĞİ

Henry Plantagenet de Sicilya'daki Norman akrabası Kral Roger gibi çağının sorunlarını göğüsleyecek müthiş kişisel niteliklere; özellikle de güçlü bir krallık hukukunun gelişimini çağına uyarlayacak niteliğe sahipti.[37]

Henry İngiltere'ye kral olduğunda yirmi bir yaşında olmasına rağmen hâlihazırda hayli başarılı siyasi ve askerî bir kariyeri vardı. Babası Anjou Kontu Geoffrey, annesi ise Fatih William'ın torunu, İngiltere kralı ve Normandiya dükü I. Henry'nin kızı İmparatoriçe Matilda idi. Babasının 1151'deki erken ölümü üzerine Henry Anjou ve Maine'e; annesi üzerinden de Normandiya'ya varis oldu. Ertesi yıl Fransa kralı VII. Louis'den boşanmış olan Aquitaine'li Elanor ile evlendi. Böylece sadece Aquitaine'i almakla kalmadı fakat Poitou'yu da aldı. 1153'te İngiltere'yi işgal

---

[36] Ibid., ss. 155, 166-167, 174, 187-189, 211-212.

[37] Bkz. W. L. Warren, *Henry II* (Berkeley and Los Angeles, 1973); Amy Kelly, *Eleanor of Aquitaine and the Four Kings* (Cambridge, Mass., 1950); Jacques Boussard, *Le Gouvernement d'Henry II Platagenet* (Paris, 1956).

etti ve kuzeni Stephen'ı, kendisini tahta varis atamaya zorladı. Stephen 1154'te tam zamanında öldü ve tahtı Henry'ye bıraktı.

II. Henry'nin tükenmek bilmeyen bir enerjisi vardı; fiziki gücü ile tanınırdı. Dönemin vakanüvisi Walter Map, Henry'nin "durmadan hareket halinde, dayanılmaz mesafelere seyahat halinde ... tazı ve şahin uzmanı ve bu sporda hırslı: durmadan tetikte ve işbaşında" olduğunu yazmaktadır. "[Henry] erotik rüyaları nedeniyle sıkıntı yaşadığında, bedenine arınmak ve hâkim olmak için ne zahmet verici işler ne de perhizle eziyet ederdi. O zamandan beri onun gayretlerini karasızlığına değil fakat çok şişmanlama korkusuna atfediyoruz".[38] Henry hem içerde hem dışarıda siyasi iktidara açtı; feodal ordularını İngiltere ve Normandiya boyunca ve İrlanda'nın içleri ile Pireneler'den aşağı Fransa'nın kimi bölgelerine sürdü. Durmaksızın yeni vasallar kazandı ve haksız yere el konulmuş kaleleri yerle bir etti ve en üstün feodal lord olarak gelirleri topladı.

Hukuka olan ilgisinin nereden kaynaklandığı bilinmez ancak onun hukuki meselelerde lâik bir kimseden daha fazlası olduğunu gösteren pek çok beyan bulunmaktadır. Her sabah erkenden mevcut davaları kâtipleriyle birlikte gözden geçirmek için kalktığı; yargıçlarının gördüğü davalara müdahale etmeye hazır olduğu; şansölye yardımcısına temlik işlemleri hakkında ders vermeye ehil olduğu ve bölgelerdeki davaları görmek için bezdirici bir hızla krallığını dolaştığı söylenir. Map'in kayıtlarına göre, Henry şu hikâyeyi anlatmıştır: "Bir kere fakir bir adamın lehine zengin bir adam karşı veciz ve adil bir hükmün tesis edildiğini duyduktan sonra yüksek yargıç Lord Ranulf'a [Galanvill] dedim ki: 'Her ne kadar fakir adamın davasında verilen hüküm pek çok garip nedenle geciktirilmiş olsa da fakir adam yine de mutlu ve çabuk bir karara mazhar olmuştu'. 'Kesinlikle' dedi Ranulf, 'biz burada sizin kiliselerinizdeki başpiskoposlardan daha çabuk karar veririz'. 'Doğru' dedim 'fakat kralınız sizden papanın piskoposlardan uzak olduğu kadar uzak olsaydı, korkarım en az onlar kadar yavaş olurdunuz' ".[39]

Ancak Henry, herkes tarafından Map tarafından sevildiği kadar sevilmiyordu. Zira İngiltere'ye krallık hukuku sisteminin getirilmesi, kısmen sadece baronların ve kilisenin değil genel nüfu-

---

[38] Walter Map, *De Nugis Curialium*, ed. M. R. James (Oxford, 1914), s. 261.
[39] Ibid., s. 277.

sun da pahasına kraliyet hazinesinin olduğu kadar iktidarının da güçlendirilmesinin bir aracıydı. Henry'nin muhalifi Radulfus Niger, kralın hiçbir yılı, ülkeyi yeni yasalarla rahatsız etmeden geçirmediğini söylemiştir. Henry'nin en az takdir edilen davranışı, kendi spor zevkini korumak için sert orman yasalarını yeniden canlandırmasıdır.

Son olarak, Henry'nin yasakoyucu olarak rolüne ilişkin soru ortadadır. Kuşkusuz Henry, kendisinin yenilikçi olduğunu tasavvur etmemiş daha ziyade geçmişin mirasını yeni müdahalelerden koruduğunu düşünmüştür. Yine de bir yüzyıl önce yaşayan Papa VII. Gregorius gibi Henry de geçmişi korumanın onu temelinden değiştirmek olduğunun farkındaydı. Daha önce nadiren veya istisnai olarak başvurulan pek çok hukuki aygıt normal ve düzenli olarak başvurulan aygıtlar haline gelmiştir. Eski hukuki kurumlar yeniden değerlendirilmiş ve yeni bir birlik oluşturmak için yeniden düzenlenmiştir. Mümtaz bir İngiliz hukuk tarihçisi "ileriye doğru bir sıçrama" olduğunu belirtmektedir. "İngiltere'deki *common law*'u üreten" çarklar dönmeye başlamıştı.[40] Ne var ki, Henry'nin tarih anlayışı, bugün hüküm süren anlayıştan farklı olabilir. Henry, kesinlikle yaptığının önemli olduğunu ve çığır açıcı olduğunu biliyordu.

İNGİLİZ DEVLETİ

II. Henry 1154'te tahta çıktığında İngiltere siyasi olarak, Norman işgalinin öncesinden beridir olduğu gibi yerel ve feodal birimlere bölünmüştü. Yerel birimler köyler (*vills*), köy grupları (*hundreds*), kontluklar (*shire*) ve kasabalardır. Her köy grubu ve her kontluk halkın tamamından ya da özgür kimselerden oluşan bir meclis tarafından yönetilirdi ve *hundred* mahkemesi ya da bölge mahkemesi denirdi. Feodal birimler, her birinde feodal lordların bulunduğu malikânelerdi. Norman işgalinden sonra hundred mahkemelerinin yarısı kadarı feodal lordlarca ele geçirildi ve manor mahkemeleri haline geldi.

Malikânelerin (manorların) lordlarının her biri daha üstteki lordlara tabiydi ve onların kiracısıydı; lordlar "senyörlük mahkemelerinde" yargılanabilirdi. Buna karşılık en üstteki lordlar da baş-lorda; krala tabiydi ve onun kiracısıydı. Fatih William, aslında, İngiltere'nin bütün topraklarını baş-kiracılarına kendisine beş

---

[40] Doris M. Stenton, *English Justice, 1066-1215* (Philadelphia, 1964), s. 53.

bin zırhlı şövalye sağlamaları şartıyla kiraya vermişti; buna karşılık topraklarını doğrudan kraldan alan lordlar, bu toprakların çoğunu alt-kiracılara yine belli sayıda şövalye sağlamaları karşılığında kiralamıştı. Her şövalye, kendi hesabına yılda kırk gün hizmet etmek zorundaydı. Toprakla birlikte alınan şövalyeleri donatma görevi de şövalye hizmeti sağlamanın kapsamında sayılırdı. İmtiyaz ya da ücret (*feod, feud, fief*), üstteki lordu şövalyelik hizmetinden ya da diğer feodal vergilerden mahrum bırakmak için böyle bir yolla bölünemezdi.[41]

Oldukça karmaşık bir krallık kavramı ile feodal sisteme bir başka boyut eklenmişti. 1066'dan 1154'e kadar olan dönemde kralın mahkemesi (*curia regis*) sadece topraklarını kraldan alan lordların feodal meclisi değildi aynı zamanda bir grup krallığın işlerini yürüten bir grup memur da mecliste yer alıyordu. Kral bir yüksek yargıcı ya da başka bir memuru, her konuda kendisini temsil etmek üzere ve yokluğunda onun adına hareket etmesi için kral naibi tayin ederdi. İşin aslı Anglo-Norman krallarının çoğu, Normandiya'da İngiltere'de olduğundan çok daha fazla zaman geçirirdi. Şansölye yüksek yargıca tabiydi ve kralın sekretaryasını yürütürdü. Hazine baronları; mabeyinciler kralın ekonomik ve hukuki işlerini yürütmek üzere atanırdı. Kralın işleri krallıkta barışın korunması ve adaletin tesis edilmesini de kapsadığı için, yönetim aygıtları sadece kralla vasalları arasındaki değil, kralın bütün uyruklarının aralarındaki ihtilafları çözmek için geliştirilmişti. Anglo-Sakson dönemde olduğu gibi bu dönemde de kral yerel *magnate*'lere bölge mahkemelerine (*shire reeves*, şerif) başkanlık etmek üzere yetki vermişti. Kral yerel *magnate*'lere, genellikle dikkatini çeken yanlışların düzeltilmesi için mühürlü fermanlar biçiminde emirnameler gönderirdi.

---

[41] Şövalyelik hizmetine ek olarak getirilen diğer feodal yükler ve imtiyazlar şunlardı: 1. Ölen vasalın mirasçısının lordla feodal ilişki kurabilmek için ödediği vergi, (*relief*) 2. Bu vergi ödenene kadar lordun toprağı elinde tutma hakkı, (ilk zilyet) 3. Mirasçının küçük ya da evlenmemiş kadın olması durumunda toprağı işleme iratlarını toplama hakkı, (vasilik) 4. Lordun kadın varisin, onun rızasını almak şartıyla eşini seçme hakkı, (evlilik) 5. Kiracının sürgün edilmesi, ağır suç nedeniyle hapsedilmesi ya da mirasçı zincirinin kırılması nedeniyle artık hizmet sunamaması halinde toprağın lorda geri verilmesi, (müsadere) 6. Toprağın kiracı tarafından başkasına satılması ya da bağışlanması halinde lorda ödenecek para cezası (devir cezası) 7. Çeşitli yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için lorda yapılan yardımlar (inayet). 1215 tarihli Magna Carta, bu yardımları üçe indirmiştir: lordun kaçırılması durumunda ödenecek fidye, lordun en büyük oğlunun şövalye olması ve lordun en büyük kızının evlenmesi.

Ancak II. Henry'nin saltanatından evvel bu kurumlar -mabeyin, şansölyelik, yargı ve diğerleri- henüz embriyo aşamasındaydı. Fatih William ve halefleri tahtın dikey biçimde vasallar ve alt-vasallar aracılığıyla köylere ve malikânelere ulaşan merkezî otoritesini, önemli ölçüde artırdılar. Ancak kraliyet yönetimi ve krallık hukuku özünde hâlâ kendi hane halklarına ve feodal sadakate dayanıyordu. Mabeyinci muhtemel bir istisnaydı; fakat onun dışında, II. Roger'ın İtalyan krallığında olduğunun aksine, özerk idari birimler oluşturan bir sistem; kendi bağımsız otoriteleri ile feodal ve yerel sorunları çözen daimî yasama, yürütme ve yargı kurumları yoktu. Kralın adaleti, mahkemelerin alçakça görevlerini yerine getirmekten kaçındığı belli tipteki davalarda herkese ve kraliyetin mülkünü ilgilendiren davalarla, ihanet ve benzeri meselelerde aşağıya uzanabilirdi. Ancak bunlar olağanüstü mahkemelerdi, daimî mahkemeler tarafından profesyonel yargıçlarca sağlanan adalet değildi.

Yargı kararlarına gelince, II. Henry'nin saltanatından evvel, emirnamelerde dile getirilen davaları görecek profesyonel bir yargı sistemi yoktu. On ikinci yüzyılın ilk onlu yıllarında, şüphesiz I. Henry belki yarım düzeni yargıcı, krallık boyunca seyahat etmeleri ve adalet dağıtmaları için yollamıştı ve bunların bir kısmı pekâlâ en azından ortaya çıkmakta olan kanon hukukunun eğitimini almış hatta Bologna'da Roma hukuku çalışmış bile olabilirlerdi. Ne var ki, yargıç olarak görevleri, sadece yargısal meselelerle uğraşmak değil, aynı zamanda kralı ilgilendirebilecek diğer idari meseleleri de ele almaktı. Yönetimin, ihtilafları dinlemek ve çözmek de dâhil olmak üzere genel amaçları doğrultusunda ve düzensiz aralıklarla kralın temsilcisi olarak gönderiliyorlardı. Dahası pek çok sivil ve cezai meselede yargı yerel ya da feodaldi, kraliyete ilişkin değildi. Öte yandan krallık kendi çıkarları söz konusu olduğunda ya da taraflardan birisi adaletin yerel ya da feodal mahkemelerce tesis edilmediği şikâyetiyle krallığa başvurduğunda devreye girerek doğrudan müdahale ediyordu.

Krallığın düzenli, sürekli ve profesyonel bir yargı örgütünün olmaması, düzenli bir yasakoyucu olarak krallık örgütü kavramının yokluğuyla ilişkiliydi. Krallar genellikle piskoposların, baronların ve diğer önde gelen kimselerin rızasıyla ve nadiren yasa çıkarırdı. Öyle ki, 1066'dan 1154'e dek hüküm süren ilk dört Anglo-Sakson kralının çıkardığı yasaların tamamı bir sayfada özetlenebilir. Sadece Fatih William'ın yayınladığı yasaların çok

azı bilinmektedir; oğlu William Rufus'un yasalarından hiçbirisi bugüne ulaşmamıştır. I. Henry'nin otuz beş yıllık saltanatından sadece beş yasa kalmış; Stephen'ın on dokuz yıllık yönetiminde çıkardığı yasalardan eser kalmamıştır. Açıktır ki II. Henry'den önceki İngiliz kralları, düzenli olarak yeni yasalar çıkarmayı kendilerinin sorumluluk alanında görmemiştir.

Stephen'ın dönemindeki ani ve büyük kırılmalar Anglo-Norman krallarının İngiltere'yi uzun vadede barış içinde tutacak hukuki kurumlardan yoksun olduğu hususunda şüpheye yer bırakmamıştır. Ülke şiddetli çatışmalar nedeniyle özellikle de arazilerin özel mülkiyetine ilişkin savaşlarla parçalanmıştır. Bu çalkantılı duruma bir de ruhban sınıfının -papanın altında- seküler otoritelerden bağımsızlık mücadelesi eklenmiştir. Stephen'dan önceki üç güçlü kral, bu güçler arasındaki bölünmeyi yatıştırabilmiştir ancak yaşanan durumda daha zayıf bir kral kendisini kontrol altına alamadığı bir çatışmanın içinde bulmuştur. Stephen'ı başarısız kılan sadece kişisel zayıflığı değildir. Aynı zamanda Anglo-Norman yönetim sistemindeki bir kusurdur. Zira kral ya da onun baş vekili, sürekli olarak ordularıyla birlikte ülke içinde, vasalları ve alt-vasalları arasındaki barışı korumak için sefere çıkmalıydı ve yerel halkı feodal lordlarının baskısından korumak için de bunu yapabilmeliydi ve yapıyordu.

İşte bu genel arka planda ve sivil kargaşanın zirvesinde II. Henry, anarşi ve şiddetin yerine hukuk ve düzeni koyma kararlılığı ile tahta çıkmıştı ve bunu İngiltere ve Normandiya'daki atalarının habercisi oldukları siyasi ve hukuki kavramlar ve kurumlar aracılığıyla yapmaya niyetliydi. Kuşkusuz Henry ve danışmanları, İngiltere ve Normandiya'daki ön işaretlere güvenmiştir. Norman yönetiminin geleneksel ruhuyla eski gelenekleri, yeni ihtiyaçlar ve siyasaların ışığında mümkün olduğu ölçüde muhafaza etmişlerdir. Henry'nin babası Anjoulu Geoffrey, bir Norman olmamasına rağmen oğlunu bu ruhla ve ona açıkça Anjou ve Normandiya'nın geleneklerini İngiltere'ye, İngiltere'ninkileri Anjou ve Normandiya'ya nakletmeye çalışmamasını söyleyerek eğitmiştir.[42] Henry yapabildiği her yerde mevcut Anglo-Sakson ve Anglo-Norman kurumlarını yararına kullandı. Bununla birlikte Henry'nin döneminin alamet-i farikası geçmişi sürdürmesi değil kurumsal yenilikleridir.

---

[42] Bkz. Charles H. Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918), s. 155.

Daha önemlisi, her ne kadar Henry'nin yeniliklerinin kökleri geçmişte olsa da o kökler sadece Anglo-Sakson ve Anglo-Norman deneyimlerde (İngiltere'deki yönetici elit büyük oranda Norman'dı ve sarayın dili de Norman Fransızcası ile Latinceydi) değil, çağdaşı olan diğer yönetimlerin deneyimlerinde de yatmaktadır. On ikinci yüzyılın son yarısında İngiltere'de ortaya çıkan yeni idari ve hukuki kavramlarla kurumlar, önceki iki nesil boyunca Roma kilise-devletinde ve Güney İtalya'daki Norman devletinde ortaya çıkanlarla olduğu kadar daha sonraki nesillerde Fransa'da ve Avrupa'nın diğer bölgelerinde de ortaya çıkacak olanlarla aile benzerliği taşıyordu. Bunlar aynı zamanda on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında İngiltere'dekiler de dâhil özgür kentlerde ve kasabalarda ortaya çıkan idari ve hukuki kavramlar ve kurumlarla da önemli açılardan genel bir benzerlik taşıyordu.

Bu II. Henry'nin her şeyi başka bir yerden "kopyaladığı" anlamına gelmez, büyük devlet adamları nadiren, o da yaparlarsa, diğer halkların yasalarını taklit ederler. Bunun anlamı, Henry'nin yaptıkları -geniş çerçevede ele alındığında- benzersiz biçimde İngiliz değildi hatta benzersiz biçimde Norman bile değildi. Ancak on ikinci yüzyıl Avrupa'sının genel tarihsel gelişiminin bir parçasıydı. Öte yandan, Batı hukuk geleneğinin temellerinin ve Batı'nın devlet tipinin bir parçası olması bakımından Batı'ya özgüydü. Henry, kilisede ve Sicilya'daki Norman Krallığı'nda olduğu kadar Avrupa'nın kentlerinde ve kasabalarında da gelişen yeni yönetim ve hukuk kavram ve biçimlerinin gayet farkındaydı. Her ne kadar onları taklit etmese de kendi amaçlarına uygunlukları konusunda çok az şüphesi olduğu söylenebilir.

Henry, İngiltere ve Normandiya kamu yönetimi sistemini, fazlasıyla artan işlev ve yetkileri ile birlikte sürekli, profesyonel ve merkezî idari birimleri olan bir sisteme dönüştürdü. Bunların arasında en önemlileri ekonomiyi ve vergilendirmeyi yöneten hazine (maliye); adli örgütü yöneten yüksek mahkeme (*common pleas*) ve diğer birimlere talimat veren ve onları koordine eden şansölyelik. Bu kabaca Kral II. Roger'ın birkaç on yıl önce Sicilya'da kurduğu sisteme ve dolayısıyla papalığın muhtemel I. Haçlı seferi (1095) sırasında Roma'da yaptığına benziyordu.

İngiltere ve Normandiya'da maliyenin mabeyinci aracılığıyla işleyişi, açıkça Sicilya deneyimi ile ilişkiliydi.[43] İngiltere ve Nor-

---

[43] Bkz. Haskins, "England and Sicily", ss. 651-655.

mandiya'daki karşılaşılan başlıca mâli sorunlar özünde Sicilya'da karşılaşılanlarla aynıdır: merkezîleşmiş feodal yönetime uygun genel bir vergilendirme sistemi (alt-vasalların bağlılıklarının krala tahsis edildiği alt-kiralama ile karakterize edilebilecek) ile birlikte gelirlerin; feodal ve diğer vergi verenlerin yerellerde saray memurlarına yaptıkları ödemelerin uygun yöntemlerle denetlendiği bir sistem kurmak. İngiliz pratiğinde Sicilya etkisinin bulunması hayli muhtemeldir. Zira çarpıcı bir Thomas Brown örneği bulunmaktadır. Thomas Brown, Palermo gümrüğünde 1130 ile 1154 yılları arasında bir baron olarak hizmet vermiş; II. Roger'ın ölümünden sonra gözden düşerek İngiltere'ye gitmiş ve orada 1154-1190 yılları arasında baron olarak maliyede görev yapmıştır.[44] Bir başka açıdan da hazinenin İngiliz baronlarının, sarayın yerellerdeki mâli davalarını I. Henry dönemi kadar erken bir dönemde görmüş olmalarının da önemli etkisinin olduğu söylenebilir.

İngiltere'de merkezî krallıkta bir yargıçlar kurulunun oluşturulması da Güney İtalya ile paralellikler içermektedir. Her iki yerde de süreç, kralın hane halkından yargıçların gerektikçe davaları görmeleri ve kraliyetin diğer sorunlarını çözmeleri için yerellere gönderilmesiyle başlamıştır. İngiltere'de istisnai mabeyinci örneği dışında, bu uygulamanın profesyonelleşmesi ve sistematikleşmesi II. Henry'nin yönetiminde gerçekleşmiştir. Daha sonra, gezici yargıçların işlevleri, ilk defa ekonomik ve idari işlevlerinden açıkça ayrılabilir hale gelmiştir, ne var ki idari ve ekonomik işlevlerini de yerine getirmeyi sürdürmüşlerdir. Dahası II. Henry ilk defa belirli yargıçların yapacağı düzenli seyahatleri sabitlemiştir. 1176 yılında üçer yargıçtan oluşan altı yargıç grubu, kralın buyruğuyla kesin bir yargılama ücretini (bir şövalyenin ücretinin yarısı) geçmemeleri şartıyla davaları görmek üzere ülkeyi turlamaya yollanmışlardır. Gezici yargıçların (*justices in eyre*) sayısı nihayetinde yirmiye yükselmiştir (*Eyre, "air"* gibi telaffuz edilir, Latince *iter*'in İngilizce karşılığıdır ve *"itinerant"* [gezgin, gezici, seyyah] sözcüğünün de kökenidir).

1175'te Henry, kendi kişisel mahkemesine yargıçlık yapmak üzere üç adam atamıştır. Nihayet 1178'de de kendi hane halkından (*de sua familia*) ikisi ruhban üçü lâik beş adamı "kendi mah-

---

[44] Bkz. ibid., pt. 1 July 1911, ss. 438-443; karş. *Dialogus Scaccario (The Course of the Exchequer)*, ed. and trans. Charles Johnson (New York, 1950), ss. 35-36.

kemesinde halkın şikâyetlerini dinlemeleri için" atamıştır.[45] 1180'lerde, daha sonra *Court of Common Plea* olarak adlandırılacak olan bu yeni kurul, daimî olarak Westminster'da ikamet etmeye başlamıştır. Kral, seyahat ederken yargıçlık yapmayı da sürdürmüştür. On üçüncü yüzyılın başlarında kralın kendi huzurunda yargılama yapma görevi, *Court of King's Bench* adı verilen profesyonel yargıçlara verilmiştir. Zamanla *Court of King's Bench* kendi yargı yetkisini, ağır suçlar ve kraliyet üyelerini ilgilendiren davalarla sınırlandırırken; diğer sivil ihtilaflar - "common pleas"- *Court of Common Pleas*'ta çözülmüştür. Bu iki mahkeme ile mabeyin (*exchequer*) krallığın, İngiltere'deki ilk daimî, merkezî ve profesyonel sivil mahkemeleri ile ceza mahkemeleri; Sicilya'dan sonra Avrupa'da da ikincidir. Bu mahkemeler krallığın yargı fonksiyonunun kurumsallaşmasının temsilcileridir; öyle ki daha önceki krallar bu fonksiyonu sadece özel durumlarda "büyük adamların büyük davalarında" yerine getirirlerdi.[46]

Mabeyinci ve *Court of Common Pleas,* yeni İngiliz devletinin iki payandasıydı ve bir üçüncüsüyle; (Sicilya ve Roma'daki benzerleri gibi) kraliyet mührü (Roma'da papalık mührü) yetkisine sahip olan şansölyelikle desteklenmişti. Şansölye, kral adına emir verebilirdi. Onun rolü, böyle emirlerle yönlendirerek ve koordine ederek yönetimin diğer birimlerinin işlemesini sağlamaktı. Şansölye, emirnameler ve diğer resmî belgeler aracılığıyla sadece mabeyinde ve kralın mahkemelerindeki işlemleri başlatmakla kalmaz aynı zamanda baronlar, piskoposlar ve ülke yönetimine katılan alt seviyedeki diğer kişilerle de muhatap olurdu.

Devletin gelişiminde -İngiltere'de ve Avrupa'daki diğer yerlerde- şansölyeliğin hayati önemi profesyonel uzmanlıkla yönetim işini kapsamlı biçimde yönlendirmeyi ve koordine etmeyi birleştirmesindeydi. Şansölye, Strayer'ın sözleriyle "idari rutinleri geliştiren ve muhafaza eden ve belgeleri tutarlı bir biçimde tanzim ederek dikkatlice kaleme alan"[47] uzman kâtiplerden oluşan bir personelle çalışırdı. Yönetim bu anlamda "bürokratikleşmişti". Bununla birlikte -ki, yeterince vurgulanmamıştır- yönetimi dar anlamıyla sadece bölümlere ayırmacılıktan korumak

---

[45] Metnin tamamı için bkz. aktaran T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., (Boston, 1956), s. 148.

[46] İfade Maitland'e aittir. Bkz. F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (Cambridge, 1965), ss 106-107.

[47] Strayer, *Medieval Origins, s. 34.*

yeni sekretaryanın göreviydi. Yönetimin bürolarının hiçbirisi, yargı örgütü dahi, üst bir birimin denetimi olmaksızın kendi bildiği yolda ilerleyemeyecekti; yönetimin bizatihi kendisi sekretaryası aracılığıyla hareket ediyordu.

Yine de bu sekretarya kral *değildi,* başka deyişle bütün krallık değildi. *Yönetme* işinin, kralın şahsından farklı, ayrı bir faaliyet olarak doğasını belirleyen şansölyeydi. Aynı biçimde yönetme işinin özellikle askerî ve diplomatik boyutlarını, kralın şahsıyla yakından ilişkili sarayın işlerinden ayıran da şansölyeydi. II. Henry'nin hükümranlığından önce, İngiliz kralı (ve Normandiya dükü), sadece vasalları üzerindeki askerî ve siyasi denetimini sürdürmek için değil fakat yönetimini işler kılmak için de sürekli olarak topraklarında seyahat etmek zorundaydı. II. Henry'den sonra kral-dük yönetimini işler kılmak için orada olmak zorunda değildi. II. Henry'nin halefi Aslan Yürekli Richard, hükümranlığının neredeyse on yılı boyunca İngiltere'de değildi, önce Haçlı seferlerine katıldığı sonra rehin alındığı için, İngiltere'de yönetim her zamanki gibi işlemişti. O dönemde İngiltere'yi kuşkusuz şansölye değil fakat başka bir görevli, bir yüksek yargıç yönetmişti (bu on yılın altısında papalık elçisi ve Canterbury Başpiskoposu olan Hubert Walter) ancak yüksek yargıcın asıl idari personelini şansölye oluşturmuştu. Daha sonraki zamanlarda kralın yokluğunda ülkeyi çoğunlukla şansölye yönetti. Ancak bundan daha önemli olanı şansölyenin kralın varlığında dahi krallığın kamu yönetimini yönlendirme ve koordine etme fonksiyonunu yerine getirenin şansölye olmasıdır.

Ortaya çıkmakta olan devlet kavramı, şansölyelik gibi, kamu yönetimini tanımlayacak olan bir dairenin varlığına bağlıydı. Yönetme işi, bütün olarak (hükümdarın şahsında temsil edilen) siyasetten daha azı ama münferit hükümet görevlilerinden daha fazlasıydı. Şansölyelik bu nedenle kapsamlı politikaları anlayacak ve bunlara cevap verecek ferasete sahip olmalı; aynı zamanda da uzmanlaşmış birimleri denetleyecek uzmanlığa sahip olmalıydı. Burada skolastik diyalektiğin bir örneği ile yeniden karşı karşıyayız. Strayer'in belirttiği gibi "[Papalık şansölyesi], mümkün olduğunca erkendi ve bir yere kadar diğerlerine model oluşturmuştu. Ancak II. Henry'nin zamanında ... İngiliz şansölyeliği daha geride değildi... On üçüncü yüzyılda ise neredeyse bütün Avrupa yönetimlerinin etkin bir şansölyeliği vardı".[48]

---

[48] Ibid.

İNGİLİZ KRALİYET HUKUKU ("COMMON LAW")

II. Henry, öncelikle daha önce yerel ve feodal hukuka ve yargı yetkisine tabi olan özel hukuk ve ceza hukuku sorunlarını kraliyet hukukuna ve kraliyet yargısına bağlayarak İngiliz hukuk sisteminde devrim yaptı. Bu girişiminde sadece krallık şansölyesinin denetimi altında işleyen bir yargı örgütü yaratarak değil aynı zamanda daha rasyonel bir hukuk yaratarak ve hukukun işleyişine topluluğun katılmasını sağlayarak başarılı oldu.

Henry'nin maddi hukukta ve usul hukukunda gerçekleştirdiği beş ana reform birbirleri ile yakından ilişkilidir. (1) Eski idari emirler, "yargısallaştırılmıştır". Yeni emirnamelerle kralın şikâyetçi lehine verdiği kararın davalı ya da yerel görevli tarafından ifa edilmesinin yerine, davalının tarafsız mahkemenin huzuruna çıkarak iddialara cevap verme zorunluluğu getirilmiştir. (2) Mülkiyet hakkından doğan davalarda, ihtilafın çözülebilmesi için komşuların yemin ettirilerek sorgulanmasıyla topluluğun katılımı sağlanmıştır. (3) Topluluğun katılımı, barışı bozarak ağır suçlar işleyenlerin yargılanmasında, komşulara kralın huzurunda yemin ettirilerek de sağlanmıştır. (4) Yeni adli emirler aracılığıyla, kralın mahkemelerinde dava türleri çeşitli sorunlara getirilen yasal çözümlerin ıslah edilerek sınıflandırılmasıyla geliştirilmiştir. (5) Arazilerin şiddet kullanılmadan korunmasına dair yakıcı sorun, zilyetliğe ilişkin hukuki bir teori geliştirilerek çözülmüştür. Bu, Roma hukukundaki malik sıfatıyla zilyetliğe benzeyen ama onunla aynı olmayan bir kavramdır. Ordunun ya da başka bir malikin elindeki mülke zorla ya da hileyle el koyma, kraliyet yargısına bağlanmış ve buna ilişkin bir hukuk kurumu yaratılmıştır.

Emirlerin (writ) yargısallaştırılması: Buradaki *writ* sözcüğü kabaca "yazma/yazı" (*writing*) anlamına gelir; Latince "kısa" ve "belge/mektup" anlamına gelen *breve* sözcüğünün İngilizce karşılığıdır. Kısa yazılmış emirlere "*writs*" denirdi ve bunlar yüzyıllar boyunca papalar, krallar ve diğer yöneticiler tarafından yayımlanmıştı. Fatih William'ın ve haleflerinin dönemlerinde kraliyetin ana yönetim araçlarından birisi yanlış bir şeyler yapan ve bu nedenle kralın dikkatini çeken kontlara, baronlara, piskoposlara, keşişlere, şeriflere ve diğerlerine talimat veren emirnamelerin yayımlanmasıydı. "Stylesli John'a M.'nin malikânesini elden geçirin", "keşişinize, efendinize kira olarak ne borçluysanız derhal ödeyin", "ortak arazinin kullanılmasına izin verin ve rehin aldığınız sürüleri serbest bırakın" gibi.

Bu idari emirlerin özellikleri çok çeşitliydi, her biri kralın müdahale etmeyi üstlendiği bireysel bir meseleyi çözmek için tasarlanmıştı. Çoğunlukla tek taraflı (*ex parte*) iddialara dayanırlardı: "Görüyoruz ki kral, birilerinin 'kulağına fısıldadığı' ve onu 'inandırdığı' iddialar üzerine kimi tedbirler öngörmüş". Ancak kral "bazen bir tedbiri geri almalıdır çünkü anlaşılan o ki, şikayetçi yalan söylüyor ve muhtemelen ... yalanını desteklemek için sağlam ödeme yapıyor".[49] Uygulamada, şeriflere ve diğer yerel görevlilere, belirli bir meselede "doğru olanı tam yapmalarını" emreden krallık emirnameleri de gelişmiştir. Bunlar da "idari memura, büyük bir karar marjı ... ve dolayısıyla pek çok yerel tiranın keyfi davranışına açık kapı bırakmıştır".[50]

II. Henry'nin ataları, kiliseyi ilgilendiren davalarda ara sıra bir piskoposa ya da bir lorda davayı çözmesini ya da bir şerife *hundrends*'ı ihtilafı çözmek için toplantıya çağırmasını buyuran emirname yazardı. Ancak normalde kralın emriyle yargılama yapılmazdı. II. Henry'den önceki İngiliz kralları, on ikinci yüzyılın başlarında kilise mahkemelerinde geliştirilen emirname sistemini taklit etmemiştir zira şikayetçi Roma'daki papalık şansölyesinden, iddiasının piskoposluk mahkemesinde ya da papa elçiliğinin mahkemesinde görülmesini buyuran emirler alabiliyordu (Bu nedenle kilise mahkemelerinde dava açtıran emirler İngiltere'de diğer Avrupa ülkelerinden çok daha önce başlamıştır).

II. Henry, kraliyet emirlerindeki talimatları "Şunu şunu yapın"dan "Yargıçlarımın huzurunda ihtilaf konusunu belirlemek için celp yollayın -ve bu emri gösterin"e dönüştürmüştür. Başka deyişle emirname, (davalı üzerine düşeni yapmadıkça) bir yargı sürecini başlatmak için verilir olmuştur. Şikâyetçi, şikâyetini bildirmek için Westminster'daki şansölyeye giderdi; şansölye de yereldeki şerife yargılamanın yapılması için emirname yazardı. Emirnamede şerife, meseleyi, kralın mahkemelerinde çözmek için uygun dava türlerinden birini başlatması emredilirdi.

Aşağıda eski "idari emir"le yeni "adli emir"in farkını gösteren iki örnek verilmiştir. İkincisi, mahkemeye taşınmak zorunda olduğu için "muhayyer emir" olarak da adlandırılmıştır.

1087-1091 dönemine ait idari emir:

---

[49] R. C. van Caenegem, *Royal Writs in Englandfrom the Conquest to Glanvill* (London, 1959), s. 200.

[50] Ibid., s. 199.

İngiltere kralı William'dan Ilger'in biraderi R[anulf]'a selamlar. Size keşiş Herbert'in, şehir amiri Ailwin'in elinde olan ama şimdi Walter Beaumais'nin zorla el koyduğu Sawtry topraklarının yarısına sahip olmasına izin vermenizi, bu emirnameyle buyuruyor ve emrediyorum. Ve hak kaybından dolayı 10 poundluk temerrüt cezası hususunda daha fazla şikâyet kabul etmeyeceğimi temin ederim. Tanık: Ranulf, kralın papazı.[51]

Aşağıdaki adli emir örneği İngiliz hukuku üzerine yapılmış olan ve Glanvill'e atfedilen bilimsel çalışmadan alınmıştır. 1187-1189 arasında yazılmıştır.

Kraldan şerife selamlar. N. bana, Normandiya'ya son seyahatimden bu yana R.'nin haksız olarak ve bir yargı kararı olmaksızın kendisinin filanca köydeki gayrimenkulüne el koyduğunu söyleyerek şikâyetçi oldu. Bu nedenle sana, eğer N. sana iddiasını kovuşturman için güvence verirse, gayrimenkulden alınan menkullerin geri verilmesini sağlamanı ve gayrimenkulün ve menkullerin Paskalya'dan sonraki pazara kadar sorunsuz bir biçimde muhafaza etmeni emrediyorum. Ve bu arada gayrimenkule o muhitteki özgür ve yasalara uyan on iki adam tarafından keşif yapılmasını sağla ve isimlerini bu emirnameye yaz. Hepsine iyi ulaklar aracılığıyla bir celp göndererek, tanıklık etmeye hazır olarak Paskalya'dan sonraki Pazar günü benim ya da yargıçlarımın huzuruna çıkmalarını bildir. R.'yi eğer onu bulamazsan kâhyasını, beyanları dinlemek üzere teminatı ve güvenilir kefilleri ile birlikte orada bulunmaya davet et. Ulakları, bu emri ve kefillerin isimlerini yanında bulundur. Tanık, vs.[52]

Adli emir üç hususu barındırmaktadır: (1) İki taraftan hangisinin belirli bir arazi üzerinde geciktirilemeyecek bir hakkının olduğunu belirlemeye yönelik dar bir olgusal sınama ortaya koymakta; mülkiyet hakkının kimde olduğuna ilişkin karmaşık soruları daha sonraki bir zamana bırakmaktadır. (2) Olgusal soruları komşuların yeminli soruşturmasına (jüri) havale etmektedir. (3) Krallığın, emirnamelerin gönderilmesinde jüri sürecindeki yargı yetkisini tesis etmektedir.

Jüri ile kovuşturma: Sekizinci yüzyıldan itibaren Frank imparatorları ve kralları, gerektiğinde gezici kraliyet memurlarının so-

---

[51] Ibid., s. 444.

[52] G. D. G. Hall, ed. and trans., *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill* (London, 1965) s. 167.

rularını yanıtlamaları için komşuları sorgulamalara çağırmışlardır. Bu sorular esas olarak kraliyetin, yereldeki geleneksel haklarına ve kraliyetin emirlerine itaatsizliğe ilişkindi. Normanlar Frankların bu arada sırada başvurdukları yöntemi, onlardan almıştı. Norman işgalinden kısa süre sonra I. William İngiltere'de muhit arazi sahiplikleri ile vergi matrahları konusunda kamunun aydınlatılmasını ve bütün sayımın sicile (*Domesday Book*-1085-1086) kaydedilmesini gerektiren çok büyük bir soruşturma yürütmüştür.

Frank ve Norman kraliyet memurlarının yürüttüğü yeminli soruşturmaların dışında, nadiren de olsa bir sorunu çözmeleri için komşulara taşıma uygulaması Cermen hukukunun da bir özelliğiydi. Ayrıca kilise mahkemeleri de on ikinci yüzyılda arada sırada birisinin suçlu olup olmadığını on iki kişilik bir gruba sorardı. II. Henry'nin babası Anjoulu Geffrey, Anjou ve Normandiya'da önemli sivil davaları soruşturma usulüyle yürütmüştür. O dönem, bir grup insanı çağırarak -on iki uygun belki de sihirli sayı olarak düşünülmüştü- tek bir davada yeminli bilgi verme hatta tek bir davada hüküm verme fikri, Henry tahta çıktığında, ne kadar az uygulanmış olursa olsun hiçbir surette yeni değildi.

Henry'nin getirdiği yenilik, soruşturma usulü ile "yargısallaştırılmış" emri birleştirmek ve soruşturma usulüyle yargılamayı, kraliyetin yargı yetkisindeki belli hukuk davalarında düzenli olarak ulaşılabilir kılmaktı. 1164 tarihli Clarendon Yasaları'nın 9. maddesi belirli bir arazinin kilisenin mi yoksa lâiklerin mi imtiyazında olduğunu (*utrum*) belirlemek için soruşturma usulünü ("beyan") öngörmüştür. 1166'da bir başka kraliyet meclisi, muhtemelen yine Clerandon'da toplanan, şikâyetçinin kendisine ait olduğunu ama saldırgan tarafından elinden alındığını iddia ettiği zilyetliğin yeniden tesisi için başvurduğu davalarda soruşturma usulüyle yargılamaya yer vermiştir. Çıkarılan yasaya ise meclis kararı denmiştir (Sonunda soruşturmanın kendisi -yani jürinin yemin altındayken kendilerine sorulan soruyu cevaplamaları- "heyet" olarak adlandırılmaya başlamış; soruşturmaya başkanlık eden yargıçlara "heyet başkanı" denmiş ve nihayetinde gezici mahkemelerin celseleri "oturumlar" olarak adlandırılmıştır).

Jürinin karar verebilmesi için diğer sorular da aşama aşama uygun kabul edilmiştir. 1176'da çıkarılan bir yasayla, bir arazi sahibinin ölümü halinde, arazinin kime devredilmesi gerektiği-

nin bir soruşturmayla (*assize of mort d'ancestor*) belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Daha sonra ise, iki taraftan hangisinin bir kiliseye, makam boş kaldığında papaz önerme hakkını kullandığını belirlemek için "son adayı gösteren" kararı (*darrein presentment*) çıkarılmıştır. 1179'da soruşturma usulü, "haklar listesi" ile (sadece mülkiyetten önceki bütün hakların ortaya konduğu) davalıya düello yerine başvurulabilecek bir seçenek sunmuştur. Böylece mülkiyete yakın bir hakkı tesis etme süreci, zilyetliği tesis etme süreci tarafından *"novel disseisin*[53]*, mort d'ancestor*[54]*, darrein presentment"*[55] adlı mülkiyet davalarında soğurulmuştur.

Burada dört önemli hususa dikkat edilmelidir. Birincisi, davalarda karar verilmesi için küçük komşu grupları İngiliz hukukunda ilk kez hukuk davalarında ortaya çıkmış; sadece iki nesil sonra ceza davalarında da bu usule başvurulmuştur. İkincisi, soruşturma tanık dinleme değildir, davadan önceki olgulara ilişkin sorulan soru ya da sorulara cevap verme sürecidir. Üçüncüsü, jüri üyeleri, yargıçlar geldiğinde kendilerine sorulacak soruların önceden farkında olan komşular olduğu için, duruşma esnasında tanıkların sorgulanmasının aksine zaman yitirmeden cevap verebilirlerdi. Aksi halde az sayıda yargıç için -gezici yargıçlarla *common pleas*'daki yargıçların toplam sayısı yirmi beşti- bütün ülkenin yargısal yükünün altından kalkmak mümkün değildi. Dördüncüsü, kraliyet yargıçlarının yönlendirmesiyle jüri kararıyla verilen hükümler siyasi olarak, yerel ve feodal meclislerde verilen kararlara tercih edilebilir -belki de en tercih edilebilir- alternatiflerdi. Zira bu meclislerin usulleri hayli ilkeldi ve çok daha fazla soruna yol açan feodal ihtilaflardaki denetim yetkisi çok sınırlıydı.

Jüri ile itham: Ne Anglo-Sakson hukuku ne de Franklar'ın hukuku hukuk davalarıyla ceza davaları arasında ayrım yapmıştır. Bugün suç diye adlandırılan eylemlerin kovuşturulması yetkisi, genel olarak kurbanın ya da yakın akrabalarının elindeydi. Yar-

---

[53] Eski İngiliz hukukunda, haksız olarak el konulan bir mülkün geri alınmasına ilişkin bir dava -ç.n.

[54] İskoç ve İngiliz hukukunda bir mirasçının, varisi olduğu kimsenin zilyedi olduğu mülke el konulması halinde o mülkü geri alabildiği yahut kirasını alabildiği dava -ç.n.

[55] İngiliz hukukunda, davacının, bir kimseyi ihtilaf halinde olduğu kiliseye karşı temsil eden ve mülkün zilyedi olan son kişi olup olmadığını belirlemeye yönelik davadır, eğer davacı haklı bulunursa mülk ona iade edilir -ç.n.

gılama ister barışın bozulmasına ilişkin olsun ister mülkiyet hakkını ya da diğer hakları belirlemek için olsun ya işkenceyle yapılırdı ya da tanık beyanıyla yapılıyordu; Normanlar bu usullere düelloyu eklemişti. Anglo-Sakson döneminde suçlu taraf, kurbanın akrabalarına tazminat ödemek zorundaydı. Ancak Normanlar, ağır ceza davalarında bunu değiştirdiler. Eğer davalı kaybederse, derhal asılır ya da sakat bırakılırdı (genellikle gözleri oyularak), arazisi feodal lorduna taşınmazları da ceza olarak krala verilirdi. Ağır ceza (ağır suç, cürüm) kavramı İngiltere'ye Normanlardan geçmiş gibi görünmektedir. Terim aslında efendi ile adamı arasındaki güvenin suiistimal edilmesini ifade etmektedir. Nitekim sadece akrabalar değil bir lord ya da yasal "ağır suç ithamı"nda bulunabilir ve kovuşturma açabilirdi.[56]

Şiddeti kontrol altında tutmak için başvurulan ağır suç ithamının açık dezavantajlarından birisi, yargılamayı başlatmak için kamu yararının fazlaca gözetilmesini gerektirmesiydi zira "itham eden" kazanırsa hiçbir şey almaz; kaybederse de para cezası öderdi. Bir ağır suç ithamında bulunmanın ardındaki başlıca sebep bir akrabanın ya da feodal ilişkinin intikamını almak ya da birisini karşı tarafı mâli bir ödeme yapmaya ikna etmekti. Eğer yargılama düello ile yapılacaksa risk büyüktü: Taraflar sabahtan geceye kadar ölümüne ya da birisi korkana dek dövüşürdü - savaşçılar kılıçla, alt sınıflar ağır sopalarla, eğer sopalar kırılırsa diş ve tırnak ile. Eğer yargılama işkence ile yapılacaksa, sonuç spekülatifti: Çağdaş hükümlere dayanarak yargıya varılacak olsaydı, insanların çoğu aklanırdı. Öte yandan tanık beyanının da (yeminle ispat) açıkça ortada olan tuzakları vardı; daha çok delillerden kimin yararlandığına bağlıydı.

Barışı korumakla sorumlu olan ve II. Henry'nin şahsında şiddeti kontrol altına almaya azmetmiş olan kral, insanları etkili biçimde "ağır suç ithamında" bulunmaya zorlayamazdı. Kralın suç işlenmesini önleyebileceği atalarından kalma bir yöntem "*frankpledge*" sistemiydi.[57] Bu sistemde kraliyetin atadığı şerifler, *frankpledge* gruplarının ihbar etmediği suçların olup olmadığına bakarak denetler ve gerekirse para cezası verirdi. Ancak bu yolla, kırsaldaki

---

[56] Buna *appeal of felony* denirdi ve buradaki *appeal* sözcüğünün bugünkü kullanımıyla (temyiz) anlamdaşlığı bulunmamaktadır -ç.n.

[57] Topluluğun önde gelenlerinin ve hane halklarının karşılıklı olarak ya da topluluğun gruplara ayrılarak gruptan sorumlu olan birisinin belirlendiği, barışı korumaktan sorumlu olduğu sistem -ç.n.

katiller, tecavüzcüler, soyguncular, haydutlar ve diğer yağmacılardan kurtulmak mümkün değildi. Henry'nin büyükbabası I. Henry, *hundreds* ve bölge temsilcilerinin, suçluları gezici yargıçlara ihbar etmelerini emretmişti ancak bu da sürekliliği olmayan bir uygulamaydı.

O dönemde kralın bir kolluk (polis) kuvvetinin olmadığı unutulmamalıdır ve açıktır ki, kralın bir kolluk kuvveti oluşturması mümkün değildir. Kral, yapabileceği her şeyi yılda kırk gün hizmet zorunluluğu olan yedek şövalye ordusunu besleyebilmek için yapmıştır. Polis gücü için ödeme yapabilecek olsaydı bile, onları kontrol edemezdi ve papanın, piskoposları kamu hizmetine koştuğu gibi, kralın da baronları kamu hizmetine koşması gerekirdi. Ne var ki, kralın baronlarla ilişkisi, papanın piskoposlarla olan ilişkisi gibi değildi. Kralın, baronları atama, azletme ya da başka bir yere gönderme yetkisi yoktu.

Henry'nin suçu kontrol altına almak için bulduğu çözüm yine yeminli soruşturma usulü olmuştur; bu durumda ağır suçların gezici yargıçlara bildirilmesi usulü. 1166 tarihli Clarendon Yasaları'na göre, yeminli soruşturmada; bütün cinayet, hırsızlık, soygun şüphelileri ile bu tür suçlara karışanları koruyanların ve kalpazanlık ve kundakçılık şüphelilerinin geldiklerinde gezici yargıçların huzuruna çıkarılması gerekmekteydi. Daha sonra getirilen bütün şüpheliler, soğuk su işkencesi ile yargılanırdı. Bu, I. Henry'nin ve daha önceki Frank krallarının düzensiz uygulamalarının düzenli ve sistematik hale getirilmesiydi. Ancak geçmişte, komşuları tarafından ihbar edilenler kendilerini tanık beyanıyla (yemin yardımcıları) aklayabilirken şimdi kralın yargıçları tarafından işkenceyle yargılanmak zorundaydılar.[58]

Yargıçların, yerel görevlilerin jüri üyelerini belirlemeden önce tuttuklara kayıtlara ulaşabildikleri ve daha sonra jüriyi son ziyaretlerinden beri gündeme gelen çeşitli meseleler hakkında sorguladıkları unutulmamalıdır. İkincisi, eğer jüri üyeleri -yargıçların ziyareti esnasında, her *hundreds*'tan on iki ve her köyden dört olmak üzere kalabalık jüriler toplanırdı- bir suçu saklarsa ya da abes bir ihbarda bulunursa, yargıçlar tarafından para cezasına çarptırılırdı. Üçüncüsü, ağır suç ithamları kaldırılmamıştı fakat sistem işleyişindeki pek çok sorun yüzünden başarılı olamamıştı.

---

[58] Clarendon Yasaları'na ilişkin tartışma ve yasaların önemli bir bölümünün çevirisi için bkz. Plucknett, *Concise History*, ss. 112-113.

Yargıçlar toplanan jüriye, davalının şüpheli olup olmadığını sorardı ve cevap olumlu ise, şüpheli doğrudan soğuk suya atılırdı. Böylece tek bir yargıç ya da üç kişilik heyet, birkaç gün içinde yüzlerce davadan kurtulabilirdi. John P. Dawson'un sözleriyle, jürinin toplanması "alışılmadık ölçüde etkiliydi; büyük bir yenilikti"; öte yandan yine Dawson'un dikkat çektiği üzere "yerel özgürlükleri koruyamazdı".[59] Yanlış ihbarlar yahut ihbarda bulunmama için öngörülen para cezaları çok çeşitli ve çok ağırdı. *Frankpledge* sisteminde olduğu gibi amaç insanları birbirlerini ihbar etmeye zorlamaktı.

II. Henry'nin jüri ile itham aksine jüri ile yargılamayı ceza davalarına taşımamış olması dikkat çekicidir. Ceza davalarında jüriyle yargılamaya ancak 1215 tarihli Dördüncü Lateran Konsülü'nde işkence kaldırıldıktan sonra geçilmiştir.[60] Henry, ağır suç ithamını da kaldırmamıştır. Yeminli soruşturmada bildirilen kişiler sadece soğuk su işkencesi ile yargılanabilirdi; özel olarak ağır suç ithamıyla ihbar edilenlerin aksine, ateş işkencesi (sıcak su veya kızgın demir) ya da düello ile yargılanamaz ya da tanık beyanıyla aklanamazdı.

Dava türleri: II. Henry'nin yaptığı hukuk devrimi düşünüldüğünde, onun saltanatından evvel krallığın yargı yetkisinin olağanüstü bir yargı yetkisi olduğu zihinden çıkarılmamalıdır (Buradaki "olağanüstü" sözcüğü hem teknik hem de teknik olmayan anlamıyla kullanılmıştır). Kilise mahkemelerinden ve kent mahkemelerinin dışında kalan *sıradan* meselelerdeki *genel* yargı yetkisi yerel ve feodal mahkemelerdeydi. Bunlar profesyonel mahkemeler değil, komşuların ve malikânelerin üyelerinin toplandığı meclislerdi. II. Henry, yerel ve feodal mahkemelerin yargı yetkisini ilga etmemişti, daha ziyade doğrudan barışı ilgilendiren ve belirli tipteki iddiaların söz konusu olduğu adi davalarda *eşzamanlı* bir yargı yetkisi yaratmıştı. Nitekim 1166 tarihli Clarendon Yasaları'nda II. Henry, doğrudan müdahalesini haklı kılacak nitelikteki ağır suçları sıralamıştır. Benzer biçimde emirnameleri aracılığıyla şikâyetçilere ulaşan malvarlığına dair meselelerde, hangi iddiaların kraliyet mahkemelerinde çözüme kavuşturula-

[59] *Course in Development of Legal Institutions*, Harvard Law School, 1968.

[60] Ceza davalarında işkencenin kaldırılması ve jürili yargılamanın başlangıcı için bkz. Plucknett, *Concise History*, ss. 118-126. Plucknett, İngiltere'de işkencenin kaldırılmasına gösterilen direnci, soruşturma usulüne ilişkin tereddütleri ve taraflarca ve jüri tarafından mahkemede sorgulanmanın nasıl yürütüldüğünü anlatmaktadır.

cağını belirlemiştir. Mülkiyet iddiaları hâlâ feodal mahkemelerde; sivil davalarla ceza davaları da kilise mahkemelerinde yargılanıyordu. Ancak ilk defa belirli tipteki dava türleri, bir hakkın gereği kralın mahkemelerinde yargılanabilecekti.

Krallık yargısının anahtarı söz konusu iddianın türüydü; bunlar da komşular tarafından gezici yargıçlara bildirilecek ağır suçların tipi ve kralın şansölyesinin emriyle düzeltilecek haksız fiillerdi. Başka deyişle kral, sebebi ne olursa olsun haksız biçimde zarar gören herkese yargısal bir çözüm sunacağını vaat etmemiştir. Daha ziyade belirli dava türlerinde belirli yargısal çözümler sunacağını söylemiştir. Kraliyet mahkemelerinde dava edilebilecek haksız fiillerin bu mahkemelerin sunacağı hukuki çözümler açısından sınıflandırılması, krallık hukukunun karakteristik özelliğiydi ve İngiliz hukukuna *common law* kendine has tarzını kazandırmıştı.

Başvurulabilecek diğer seçenek, hukuki sorumluluğa dair geniş bir teorik alan sunan kanon hukukudur. Piskoposların mahkemeleri günaha ilişkin olduğu iddia edilen bütün davaları görürlerdi ve günah Roma hukukunda birleştirilen kategorilerle çeşitlenmişti; sözleşmenin ihlali, mala ya da şahsa zarar verme, bir başkasına ait mülke el koyma, dolandırıcılık vb. II. Henry de mahkemelerde uygulanan kanon hukuku ve üniversitelerde öğretilen Roma hukukuna en azından genel hatlarıyla aşinaydı. Belki de kraliyet yargı yetkisinin kiliseninki kadar kapsayıcı olmasını isterdi. 1164'te yaptığı; bir arazi parçasının kiliseye verilip verilmeyeceğine dair bir anlaşmazlık çıkarsa, davacının şansölyeye giderek, şerife yazılan bir emirname isteyebileceğini ilan etmekti. Bu emirname ile şeriften, civardan, kralın yargıçlarına o arazinin kiliseye verilip verilemeyeceğini söylemeleri için belli sayıda erkeği toplaması istenirdi. Henry'nin 1166'da yaptığı ise; bir kimse gayrimenkulüne el konulduğunu ve oradan kovulduğunu iddia ederse, şansölyenin şeriften, kralın yargıçlarına davacının o arazinin belli bir süre zilyedi olup olmadığını; davalının da davacıyı zorla mülkünden çıkarıp çıkarmadığını söylemeleri için belli sayıda erkeği toplamasını isteyen bir emirname yazabileceğini duyurmaktı. Ayrıca, emirnameler aracılığıyla kralın yargıçlarının yaptığı soruşturmalarda belli soruların sorulması suretiyle diğer iddiaların da kraliyet mahkemelerinde görülebileceğini söylemiştir.

Özetle emirnameler, şikâyetçinin davasının teorisi tanımlan-

mış ve görüleceği mahkemeye göre de usulü belirlenmiştir. Ne var ki, bunun etkisi, bireysel davaların çok ötesine taşınmıştır. Zira benzer davalarda benzer emirlerin verilmesi gerektiği kabul edildi. Mağdur olan kimseler yeni türde şikâyetlerle şansölyeye geldikçe, şansölye de "sorun varsa çözüm de vardır" ilkesine dayanarak yeni türde emirler yazmıştır. Tek tipleşmiş emirnamelerin çoğalması ise yargısal süreç formunda yasama faaliyetine denk gelmeye başlamıştır. Nitekim on ikinci yüzyılın sonlarında şansölye, mülkiyet ve zilyetlik haklarının ihlaline ilişkin çözümlerin (hak belgeleri, *novel disseisin, mort d'ancestor, darrein presentment*) yanı sıra; şikâyetçinin malvarlığına dâhil olduğunu iddia ettiği para borçları için borç emirleri, taşınır malın geri alınması için istirdat emirleri, ipotek edilen arazinin iadesi için ipotek emirleri, bir borcun yerine getirilmesi karşılığında taşınırların iadesine ilişkin istihkak emirleri ile mühürlü anlaşmaların ihlali için sözleşme emirleri yazmıştır. On üçüncü yüzyılda pek çok başka emirname yazılmıştır. Bunların en önemlileri, haksız fiillere (*transgresso*) ilişkindir; araziden izinsiz geçme, taşınırların gaspı, saldırı ya yaralama gibi. Modern İngiliz ve Amerikan hukuklarının haksız fiil ve sözleşme hukukları büyük ölçüde haksız fiillere ilişkin emirnamelerle gelişmiştir.[61]

1300'lü yıllarda yüzlerce farklı emirname mevcuttu, gerçekte her biri hem bir politika belgesi (belirli menfaatleri ihlal edilmekten koruyan) hem de kraliyetin yargı yetkisinin ortaya konmasıydı. Asıl kaygısı kralın barışını zor kullanıp silahlı saldırıdan korumak olan her iki iddia da çok daha karmaşık değerlendirmelere sebep olmuştur. Anarşi ve kaos ile yerel, feodal ve dinî mahkemelerin rekabetine cevap olarak başlayan süreç, bütün yönetim yapısının merkezi haline gelmiştir.

Zilyetlik [seisin] öğretisi: Toprağa bağlı haklar üzerindeki mücadele sadece refah için değil fakat çok daha önemlisi siyasi iktidar için verilen mücadeleydi. Zira toprağa sahip olmak beraberinde o topraklarda yaşayan ve çalışan topluluğun yönetimi ile üstteki feodal otoritelerle siyasi ilişkileri de getiriyordu. Böylesi karmaşık ekonomik-politik ilişkilerden doğan sorunları barışçıl biçimde çözebileceği bir sistem kurmak için II. Henry, profesyonel mahkemelerce yeni usullerle yapılan yargılamalar, adli emir-

---

[61] Bkz. Frederick William Maitland, *The Forms of Actions at Common Law* (Cambridge, 1965).

ler, kraliyet soruşturmaları ve dava türlerinden daha fazlasına ihtiyaç duyuyordu. II. Henry ayrıca toprak sahipliğini ekonomik ve politik çıkarların karmaşıklığında kısa yoldan denetleyebileceği yeni araçlara da ihtiyaç duyuyordu. Aradığını zilyetlik [*seisin*] kavramında bulmuştu.

Klasik ve klasik-sonrası Roma hukuku, sahiplik (mülkiyet) [*omnership*] ile zilyetliği [*possession*] birbirinden net bir biçimde ayırmıştır. Kabaca belirtmek gerekirse, Roma hukukunda mülkiyet, bölünmez bir kavram olarak ele alınmıştır. Birisi ya maliktir ya da değil; eğer malikse mülkiyetten kaynaklanan bütün haklara, tasarruf ile devir ve ferağ hakkına da sahiptir. Bu kavram, -ona atfedilen çeşitli nitelikleri ile birlikte ele alınsa bile- bütün toprak parçalarının feodal hiyerarşinin alt basamaklarındakilerle üst basamaklarındakilerin haklarına bağlı olduğu feodal toprak sahipliğini açıklayamaz. Bir lordun kendisine hizmet karşılığı bahşedilen ve ölümü halinde mirasçısı "ödeme" yapmazsa efendisine geri verilen toprağın "sahibi" olduğunu söylemek zordur. Mutlak bölünemez bir mülkiyetin olmaması ve toprağa bağlı çıkarların dağıtılması, feodal hukukun -en azından Batı'daki feodal hukukun- özüdür.

Roma hukukunun klasik ve klasik-sonrası zilyetlik kavramı da feodal toprak sahipliğinin sorunlarını çözmeye yetmiyordu. Roma hukukunda zilyetliği mülkiyetten ayıran, zilyetliğin sınırlı korunmasıydı. Eğer malik olmayan bir zilyet, zorla (silahla, *via et armata*) toprağından çıkarılırsa, toprağına el koyanın da malik olmadığını kanıtlamak şartıyla toprağını geri alabilirdi. Bu olayda dahi mülkiyet meselesi arka planda kalmıştır. Ayrıca zorla değil de hileyle mülksüzleştirme halinde malik olmayan zilyet dava açabilir ancak sonradan zilyet olandan hak talep edemez. Son olarak, klasik ve klasik sonrası Roma hukuku fiili işgali ve maddi varlıkların kontrolünü; yani toprak ve ürünlerini tanımlamıştır. Bir kimse maddi olmayan hakların mesela hizmet hakkının ya da parasal yükümlülüklerin (alacak hakları) "zilyedi" olamaz. Bir kimse "mülkiyete" bağlı yasal hakların kalanından bağımsız bir hak üzerinde de zilyet olamaz.

Kilise çok uzun bir süre klasik Roma öğretilerinde varsayılandan hayli farklı bir bağlamdaki zilyetlik sorunu ile uğraşmıştır. Aynı piskoposluk veya manastır üzerinde hak iddia eden kişiler arasındaki sıklıkla ihtilaf baş göstermiştir. Taraflardan birisinin diğerini zor kullanarak kovduğu durumlarda, kilise kon-

sülleri ve papalar, kimin talebinde haklı olduğuna karar verilmeden önce söz konusu arazinin önceki zilyede geri verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda bir piskoposluğun veya manastırın yeni türde, toprak ya da ürün olmayan ancak toprak ve ürünler üzerindeki hayli geniş haklarla makam ve hizmetleri ve diğer maddi olmayan hakları da kapsayan bir hukuki varlık, kurum olduğunu vurgulamak gerekir.

Gratianus, 1140 tarihli çalışmasında, bu soruna ilişkin kararları derlemiş ve bu kararlardan daha önce belirlenenden çok daha geniş bir ilke çıkarmıştır. Tahliye ("boşaltma") davalarında piskoposlara ve keşişlere lehte savunma imkânı sağlayan kararlara atıfta bulunan Gratianus, somut bir dava üzerinden yaşanan "sorunları" tahlil etmiştir. İlk sorusu "mülkü zorla elinden kim olursa olsun, aynen iade yapılıp yapılmayacağıdır". Gratianus'un yanıtı olumludur; açıklama yaparken, herhangi birisinin (sadece piskopos ya da keşiş değil) ister zorla ister hileyle kendisinden alınan her şeyin, toprak ve ürünler ile onlar üzerindeki hakları ve yetkileri de dâhil olmak üzere aynen iadesi hakkına sahip olduğunu söylemektedir. Bu tedbir, sadece başta haksız fiilde bulunana değil aynı zamanda sonraki zilyede de yöneliktir. Gratianus'un kuralına *canon redingtegratanda* (aynen iade ilkesi) denmiştir. Yorumcular *canon redingtegratanda*'yı sadece olumlu bir savunma olarak değil bağımsız bir dava olarak da yorumlamıştır; *actio spolii* ya da "aynen iade davası".[62]

II. Henry ile hukukçuları, Gratianus'un kanon hukuku için yaptığını İngiliz hukuku için yapmıştır. İşgalciye karşı mülkiyetten tümüyle bağımsız bir dava geliştirmiştir, öyle ki bu dava işgalcinin malik olduğu gerekçesiyle savunma yapamayacağı bir davadır. Böylece vasallar, kendi lordları tarafından topraklarından kovulmaktan korunmuştur. Henry ve hukukçuları, bu davayı aynı zamanda sadece toprağın değil, taşınırların ve maddi olmayan hakların aynen iadesi için olduğu kadar, sadece malvarlığına zorla el koyanlara değil hileyle el koyanlara ve sonradan zilyet olana karşı da mümkün kılmıştır. Davacının kanıtlaması gereken tek şey kendisinin zilyet olduğu ve malvarlığına haksız biçimde el konduğudur. Bu 1166'da çıkarılan *novel dissesisin* kararıdır ve Batı Avrupa'nın bütün ülkelerindeki yasalarla paraleldir.

Zilyetliğin, sadece toprağı değil ürünler üzerindeki hakları da

---

[62] Bkz. 6. Bölüm, 10. ve 11. dipnotlar.

kapsayacak biçimde genişlemesi ve hukuki çözümün, asıl malikin aynen iade etme yükümlülüğünü kapsayacak biçimde genişlemesi; zilyetlik kavramında hemen göze çarpmayan ancak önemli bir dönüşüme işaret etmektedir. Dönüşen bu kavram için sadece İngiltere'de değil bütün Avrupa'da, Latince *saisina*'dan gelen yeni bir sözcük "*seisin*" kullanılmıştır. Yeni anlamıyla zilyetlik, fiili işgalden ya da kontrolden fazlasıydı; işgal etme ve kontrol etme hakkıydı, toprağı, ürünlerini ve maddi olmayan hakları elde tutma hakkıydı. Bir kimse böylece bir makamı, özgürlüğü ya da himaye hakkını yahut çeşitli feodal hizmetlerden yararlanma hakkını elinde bulundururdu. Hakkın kapsamı kısmen uygulandığı kararlarda; birisi de gerçekte mülkiyet sorununu haksız fiil meselesine dönüştüren *novel disseisin* olan zilyetlik kararlarında tanımlanmıştır. Yeni anlamıyla zilyetlik, fiziki işgal ve kontrolden de fazlası olduğu, hacca giden birisinin, döndüğünde *novel disseisin* emriyle, o uzaktayken toprağına haksız olarak el koyandan toprağını geri alabilmesinden de anlaşılmaktadır. Buna "*seisin corpore*"nin (fikri zilyetlik) aksine "*seisin animo*" (zihni zilyetlik) denirdi.

Roma hukukunda, Avrupa'daki zilyetlik kavramına denk bir kavram yoktu. En yakın kavram malik sıfatıyla zilyetlikti fakat Roma hukukunda malik sıfatıyla zilyetlik, nadir istisnalar dışında hak yaratan bir olgu ya da eylem değildi. Roma hukukunda toprağa ve ürünlerine bağlı haklar, onların zilyedi olma hakkı da dâhil olmak üzere mülkiyetti; mülkiyet olmadan zilyetlik ya da mülkiyete bağlı haklar (kiralama örneğinde olduğu gibi) en iyi ihtimalle belirsiz en kötü ihtimalle yasadışıydı. Ancak Avrupa'da hem kilisenin hem de feodalitenin toprakla ilişkisinde mülkiyet çoğunlukla taraflar arasında bölünmüştü. Avrupalılar zilyetlik kavramını, zilyetliğini malik olmaktan almayan yasal zilyedin ihtiyaçlarını karşılamak için geliştirmişti. Bir formundan diğerine *novel disseisin* davası -İngiltere, Sicilya, Normandiya, Fransa, Cermen dükalıkları ve diğer yerlerde-, yasal zilyede ve zilyetlik hakkına sahip olana, kendisinden haksız biçimde alınmış malvarlığını geri alma hakkını veriyordu.

Novel disseisin kararı, Bracton'un doksan yıl kadar sonra yazdığı üzere, "nice gece nöbetinden sonra akıl edilmiş ve tasarlanmıştı" ve II. Henry'nin, feodal mahkemelerin toprağa ilişkin ihtilaflardaki yetkisini onlardan gasp ettiği önemli bir aygıttı. "Toprak sahipliği feodal mahkemeler için bir mesele oluşturabilirdi

ancak kral emirnameleriyle ve komşuların soruşturması usulüyle her gayrimenkulün zilyedini bizzat koruyacaktı(r)".[63]

Henry daha da ileri gitmiş ve feodal mahkemeye, bir kimsenin zilyetliği aleyhine mülkiyet iddiasıyla başvuranların davalarını; feodal düello usulünden ve zilyetlikle çatışan mülkiyet meselesini daha dinî ve ayrıntılı soruşturan "büyük jüri"den kaçınarak, yargılamanın on iki "tanık" huzurunda yapılacağı kraliyet mahkemesine götürebileceklerine hükmetmiştir.

II. Henry bu ve benzeri kararnameleri aracılığıyla, hiç kimsenin kraliyet emri olmaksızın gayrimenkulünün hesabını vermek zorunda olmayacağı ilkesini yerleştirmiştir. Zilyetlik kararlarıyla, zilyetliğe ilişkin sorunlar davacı tarafından kraliyet mahkemelerine götürülebilmiştir; büyük jüri usulü ile de davalı, zilyetliğinin geçersiz olduğu iddialarını kraliyet mahkemelerine götürebilmiştir. İngiliz hukuku üzerine çalışan seçkin bir Fransız tarihçinin belirttiği gibi, "II. Henry, zilyetlik ile mülkiyet (hakkı) arasındaki ayrımı -Romano-kanonik ayrım- iktidarı baronlardan koparabilmek için kullanmıştır".[64]

Böylece daha önce önemli bir kısmı yerel örfün meselesi olan eşya hukuku ile haksız fiil hukuku krallık hukukunun meselesi haline gelmiştir; tıpkı yerel ceza hukukunun, jüri aygıtıyla "saraylılaştığı" gibi. İngiliz *common law*'unun başlangıcının işareti, II. Henry'nin saltanatında krallığın yargı yetkisinin tarihsel genişlemesidir. Her ne kadar "*common law*" ibaresi daha sonra kullanılsa da! Gerçekten de on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda "*common law*" (*ius commune*) ibaresi, aslında bir kanon hukuku kavramıydı: Kanon hukukunun, yerel kanonik örfün (*lex terrae*,

---

[63] Sir Frederick Pollock and Frederick William Maitland, *History of English Law*, 2nd ed. (1898; yeniden basımı Cambridge 1968), I, 146.

[64] Joüon des Longrais, *Henry II and His Justiciars: Had They a Political Plan in Their Reforms about Seisin?* (Limoges, 1962). Bir on beş yıl kadar önce henüz seçilen Cermen kralı Frederick Barbarossa da aynı başarıyı göstermişti. 1152 tarihli "Barış yasası"nda Frederick "aynı lordun iki vasalı arasındaki zilyetlik ihtilafı"nın "feodal mahkemelerin yetkisini o dönemde sıklıkla gündeme gelmeyen mülkiyet sorunuyla sınırlandırabilmek için, kraliyet yargıçlarının önüne" getirileceğine hükmetmiştir. "Dönemin belgelerinden biliyoruz ki zilyetlik sorunu soruşturma usulüyle çözülüyordu. Tıpkı İngiltere'deki II. Henry gibi, Frederick de kraliyetin belirlediği bir zilyetlik usulü yaratmış ve soyluların yargı yetkisini sınırlandırmıştır". Bkz. Mitteis, *Der Staat des hohen Mittlealters*, s. 254. Ne var ki, Frederick arzularını gerçekleştirebileceği bir usul sistemi yaratamamış ve nihayetinde hükümdarların Cermen imparatorluğunu oluşturan kendi topraklarında yargı yetkilerini geliştirmelerini teşvik etmeye karar kılmıştır. Bkz. 14. Bölüm.

"mülki hukuk") aksine kilise mahkemeleri aracılığıyla Hıristiyan âleminde uygulanan bölümüydü. Roma hukukuna da *ius commune* deniyordu zira Roma hukuku her yerde geçerli teorik ilke ve kuralların gövdesi olarak görülüyordu. Yine de bu ifadenin İngiliz hukukunda olmaması ve kanon hukukundan ya da belki Roma hukukundan yahut ikisinden birden daha sonra ithal edilmesi, şu hayati noktayı saklamaktan ziyade aydınlatır: II. Henry, İngiliz *common law*'unu kraliyet mahkemelerindeki yargısal çözümleri yasallaştırarak yaratmıştır.

İNGİLİZ COMMON LAW'UNUN BİLİMİ

İngiltere'de hukuk üzerine yapılan ilk bilimsel incelemenin II. Henry'nin hukuk tekniğinde ve uygulamasında gerçekleştirdiği devrimle ortaya çıkması tesadüf değildir. Bu çalışma Glanvill'in İngiliz *common law*'u üzerine yazdığı *Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England (Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae)* adlı eserdir ve Glanvill, burada Henry'in hukuk reformunu özetlemiştir.

İngiliz hukuku üzerine bir başka önemli ama daha az sistematik olan *The Dialogue of the Ezchequer*'dan on yıl sonra yazılan ve 1187 tarihli olduğu düşünülen bu çalışma Glanvill tarafından kaleme alınmamıştır. Glanvill hem Stephen'ın hem de II. Henry'nin saltanatında yüksek yargıçtı, çalışmayı kaleme alan da büyük olasılıkla Glanvill'in önde gelen bir din adamı olan yeğeni Hubert Walter'dı. Hubert Walter, İngiltere'yi 1193'ten 1198'e kadar yöneten I. Richard haçlı seferindeyken, 1193 yılında Canterbury Başpiskoposu olmuştu; aynı zamanda papalık elçisiydi ve İngiliz hukukunun oluşum aşamasında kilisenin hukuki fikirlerinden yararlanmasını destekliyordu.

Kitapta kanon hukukuna dair hiçbir şey bulunmamaktaydı. Din adamı olan yazar, çalışmasını esas olarak yönetimden ve yerel hukuk, feodal hukuk ve kilise hukukundan ayrı bir hukuk olarak İngiliz krallık hukukunu özetlemekle sınırlı tutmuştu. Bu husus sadece hukuki açıdan değil siyasi açıdan da büyük önem taşımaktadır. Yazar, çalışmanın başlangıcında şöyle söylemektedir:

> Kraliyet güçlerinin çoğunluğu, isyanlara ve krala ve krallığa karşı ayaklanan uluslara karşı sadece silahlanmamalıdır; uyruklarını ve barışçı halkları yönetmek için hukukla donanması da yerinde olacaktır. Böylece savaşta ve barışta kutlu kralımız, güç-

lü sağ eliyle dizginlenemeyenlerin ve başıboşların kibrini kırarak ve hakkaniyetin asasıyla mütevazı ve uysal olanlara adaleti sağlayarak makamının gereğini yerine getirebilecektir. Ve yine böylece kralımız savaşlarda her zaman düşmanlarına galip gelebilir ve uyruklarına da onlara dair meselelerde tarafsız olduğunu gösterebilir.[65]

Böylece "Glanvill", kralın ordularını, onun iktidarını temel alarak yasaları ile karşılaştırmış ve kraliyet iktidarını meşrulaştırmıştır.

Dahası, II. Henry'nin yasaları çalışmada tekrarlanmış ve "*magnate*'lerinin tavsiyesiyle hareket eden kralın inayetiyle halka bahşedilen kraliyet imtiyazları" olarak ifade edilmiştir. Böylece kralın yasa yapma iktidarı gerekçelendirilmiş ve yasalarına "İngiltere'nin yasa ve gelenekleri"nin bir parçası olarak süreklilik atfedilmiştir.

Bu bağlamda yazmanın kendisi büyük önem taşımaktadır. Zira krallık hukukuna belirgin bir itibar hatta kutsallık kazandıran onun yazılı olmasıdır. Yazılı olmaları yasalara belli bir sabitlik ve devamlılık da kazandırmıştır. Üstelik olgunlaşmasının ve böylece organik olarak değişmesinin zeminini döşemiştir. Bracton'ın daha sonraki yetmiş yılda yazılan eseri Glanvill'in çalışmasının üzerine inşa edilmiştir.

Son olarak, Glanvill'in çalışması usul, özellikle de emirnamelere yoğunlaşmıştır. Yazar, meseleye Gratianus kadar bilimsel ya da felsefi yaklaşmamıştır. Çalışmasının başında siyaset teorisine biraz değinmiş sonra hemen enerjisini, çeşitli üstünlüklerine dair kimi argümanlarla birlikte emirname çeşitlerini tekrarlamaya harcamıştır. Neden böyle yapmıştır? Cevabın en azından bir kısmı, kralın yasal otoritesinin; çatışmaların çözülmesi için yerel ve feodal mahkemelerdekilerde başvurulandan hayli gelişmiş, sofistike ve rasyonel bir usul emretmesine dayanıyor olmasıdır. Kral henüz, kilisenin yetkisinde olan aile hukuku, miras hukuku şöyle dursun maddi hukukun sözleşme hukuku, eşya hukuku, haksız fiil, ceza hukuku gibi alanlarında norm koyacak konumda değildi. Ancak kral -ilk defa- toprakları üzerinde şansölyesinin emriyle başlatılan davaları görecek profesyonel yargıçlardan oluşan merkezî bir mahkeme kurmuştur. Glanvill'in çalışması esas olarak emirnamelere odaklanarak ve belirli ihtilaflara sunu-

---

[65] Hall, *Treatise Called Glanvill*, s. 1.

lan belirli çözümleri tanımlayarak emirnamelerin tarihini yazmış; İngiliz tarihçi J. E. A. Joliffe'nin dediği "hukuk biliminde bir devrim" yapmıştır.[66]

Usule yapılan vurgu sadece kraliyetin yetkilerinin ifadesi olması değil aynı zamanda bu iktidarın sınırlarını da belirlemesinde yatmaktadır. Kral hem kilisenin yargı yetkisine hem de feodal yargı yetkisine karşı kendi yargı yetkisini büyük ölçüde genişletmişti ancak onun kraliyet iktidarına dair bu iddiasının açıkça belirtilmesi de iktidarını sınırlandırmıştır. Yasal çözümlerin sınıflandırılması kadar onlara ulaşmak için başvurulacak usullerin açıklaması, kraliyetin yargı yetkisini tanımlamıştır. Nitekim yine Joliffe'e atıfla bir sınırlama aracı olarak "tanımın genişlemesi" kilisenin iktidarını ve feodal iktidarı olduğu gibi kraliyetin iktidarını da sınırlandırmıştır.

Ne Sicilya kralı II. Roger'ın yasalarında ne de II. Henry'nin yasalarında krallığın mutlak iktidarına yahut krallığın tam yetkili oluşuna dair herhangi bir iddia bulunabilir. Böylesi bir iddia Glanvill'e atfedilen çalışmada da bulunmamaktadır. Aksine, Glanvill kraliyetin yargı yetkisini emirnamelerin çerçevesinde tanımlayarak sınırlandırmıştır. Maitland'in sözleriyle emirnamelerin üstünlüğü hukukun üstünlüğüdür. Kuşkusuz kralın kendisinin belirlediği yetkilerinin sınırlarını aşması önlenemezdi. Ancak bunu yapması meşruiyetinin de kaynağı olan yasallığa olan kamusal güveni zayıflatırdı. Bu durumda da kral iktidarını sürdürmek için etkili olamayacak kuvvete başvurmak zorunda kalabilirdi. Bu Glanvill'in "kraliyet iktidarının ikili karakteri" analizinde de görülmektedir: İsyanları bastırmak ve yabancı düşmanlara galip olmak için silahlı kuvvetlere duyduğu ihtiyaç ile uyruklarını barış içinde yönetmek için adil yasalara duyduğu ihtiyaç. Glanvill'den iki nesil sonra Bracton, onun teorisini *Treatise on the Laws and Customs of England* adlı eserinde daha ileriye götürmüştür. Bracton da eserine şöyle diyerek başlamıştır "Bir kral iyi yönetmek için iki şeye ihtiyaç duyar: silah ve yasa". Daha sonra da kralın iktidarının hukuktan kaynaklandığını -onu hâkim (rex) kılan hukuktur (lex)- ve sadece silahlı kuvvete dayanarak yönetirse artık kral olmayacağını söyleyerek devam etmiştir.

---

[66] J. E. A. Jollife, *The Constitutional History of Medieval England* (London, 1961), s. 206.

Normandiya

Normandiya Dükalığı, on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında Batı uygarlığının yolunu döşemiştir.

Normanların İngiltere'yi işgal ettiği dönemde Norman dükleri, Avrupa kıtasındaki ilk geniş kapsamlı, merkezîleşmiş, teritoryal yönetimi çoktan kurmuşlardı. Devasa dükalığın -yaklaşık olarak Anglo-Sakson yönetimlerinin toplamı, Fransa kralının yönettiği toprakların birkaç katı kadar büyüktü- tümünde hiçbir lord dükün izni olmaksızın bir kale inşa edemez ya da muhafaza edemezdi. Her lord, düke askerî hizmet sağlamakla yükümlüydü. Dük toprakları üzerinde sadece para basma tekeline sahip değildi aynı zamanda vikontlardan [*vicomtes*] (*vice-count, viscount,* -İngiltere'de şerif) oluşan ve yerel yönetimleri denetleyen, yerel askerî birliklere kumanda eden, kaleleri koruyan, gelirleri toplayan ve mahkemeleri kuran bir memurlar ağı vardı. Dük, toprakları üzerindeki kiliselerin de yöneticisiydi; piskoposları ve keşişleri atama ve bölge sinodlarına başkanlık etme yetkisine sahipti. Dük kutsal yöneticiydi ve 1100'lerin başındaki *Norman Anonymous*'ta tarif edilen İsa'nın temsilcisiydi.[67]

Modern tarihçiler, Sicilya'daki Norman Krallığı'nın tarihi gibi Normandiya Dükalığı'nın tarihi, özellikle de hukuk tarihi üzerinde fazla durmamıştır çünkü on üçüncü yüzyılda dükalığın bağımsız bir yönetim olarak varlığı sona ermiştir. Ulusal tarih yazım çağında "başaramayan" ülkeler ya unutulmuştur -Sicilya'daki Normanlar gibi- ya da tarihteki diğer bir ülkenin bir parçası gibi ele alınmıştır; nihayetinde kendisini fetheden Fransa'nın ya da daha önce kendisinin işgal ettiği İngiltere'nin parçası olarak görülen Normandiya'nın durumunda olduğu gibi.

Bununla birlikte Normanlar'ın hukuki kurumlarının hem İngiliz hem de Fransız hukuk kurumları üzerinde önemli etkileri olmuştur. Daha önemlisi Norman ve İngiliz hukuk kurumları arasındaki etkileşim ile Norman ve Fransız hukuk kurumları arasındaki etkileşim, Avrupa haklarının temel hukuki kavram, değer ve süreçlerinin köklü birliğine tanıklık etmiştir.

Norman hükümdarlar, 911'de Normandiya'ya yerleştikten sonra Dük Rollo'dan başlayarak Frankların yönetim mekanizma-

---

[67] Bkz. Charles H. Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918), s. 58; ayrıca bkz. Charles Petit-Dutaillis, *The Feudal Monarchy in France and England from teh Tenth to the Thirteenth Century,* trans. E. D. Hunt (London, 1936), s. 162.

larını asimile etmiş ve kendilerini mükemmel yöneticiler olarak kabul ettirmişlerdir. Merkez tarafından atanmış görevliler tarafından yerel nüfusun araştırılmasını kapsayan soruşturma usulü Normanların Franklardan aldığı hukuki uygulamaların arasında yer almaktadır. Merkezî soruşturmacılar tarafından sorular muhataplarının ekonomik ve diğer verileri sunmalarını, şüphelileri bildirmelerini veya şüphelilere yönetilen ithamların doğru olup olmadığını söylemelerini gerektirebilirdi. İngiltere'yi işgal etmelerinden kısa bir süre sonra Norman hükümdarlar, çeşitli soruşturma türlerini İngiliz uygulamasına sokmuştur; bunlardan en ünlüleri vergi mükelleflerinin kaydedildiği sicillerdir (1086 *Domesday Books*). Normanlar ayrıca kendilerinin yerel mahkemelere özel yargıçlar gönderme uygulamalarını da İngiltere'ye getirmiş ve hem Normandiya'da hem İngiltere'de merkezî mâli temsilcilik sistemi kurmuştur.

On ikinci yüzyılın üçüncü çeyreğinde sadece İngiltere'deki değil Normandiya'daki hukuki kurumlar da esaslı biçimde dönüşmüştür. Her iki ülkede de gezici yargıç sistemi, emirnameler, soruşturmaların yapılması ve karara bağlanması usulü ile zilyetlik kurumu olgunlaşmaktaydı. Her iki ülkede de kraliyetin "yüksek" yargısı ile yerel ve feodal "alt" mahkemeler arasında ayrım yapılmıştı. Her iki ülkede de kraliyet mahkemelerindeki sivil davalar, kralın şansölyesinden gelen bir mektupla (emirname) başlıyordu. Charles Haskins'e göre (kendisi on ikinci yüzyıldaki Norman ve İngiliz hukuklarını karşılaştırmalı çalışmıştır) hukuk uygulamaları daha ziyade Normandiya'dan İngiltere'ye taşınmıştır. Hak belgeleri (emirname) ise hem İngiltere'de hem de Normandiya'da I. Henry döneminde eş zamanlı gelişmiştir. Ancak II. Henry'nin zilyetlik emirnamelerinin ve bu belgelerdeki soruların cevaplanması için yapılan yeminli soruşturmanın (küçük jüri) kaynağı Normandiya'dır.[68]

Haskins, I. Henry dönemindeki İngiliz mabeynini de kısmen Normandiya deneyimine atfetmekte ancak hangisinin önce kurulduğunu belirleyememektedir. II. Henry, benzer yargıçlık ve kralın temsilciliği sistemlerini her iki ülkede de aşağı yukarı aynı zamanda oluşturmuştur. Ancak zamanlamanın hayati bir önemi yoktur. Haskins'in belirttiği üzere "eğer 1166'daki İngiliz askerî soruşturmaları, 1172'deki Norman kayıtlarına öncülük etmişse,

---

[68] Haskins, *Norman Institutions*, s. 192.

Askerî Yasa *(assize of arms)* ile Selatin vergisi ilk kez kralın Kara Avrupasındaki topraklarında yürürlüğe girmiştir. Bu tedbirlerin sırası belki şans meselesidir, zira Henry'nin mizacındaki bir adam için bir deneyimin ilk gerçekleştiği yer küçük bir meseleydi ancak bu kadar büyük bir imparatorluğu, bir bölgesinde edinilen bir deneyimi diğer bölgesine aktarmadan onun sistemiyle yönetmek imkânsızdı".[69]

Norman hukuku üzerine 1200'lerde yazılan dikkat çekici bir kitap *Trés ancien coutimier de Normandie (Very Old Customary Law Manual of Normandy)*, on yıl önce Glanvill'in *On the Laws and Customs of England* adlı eserinde tarif ettiğine çok benzer bir hukuk sistemini anlatmaktadır.[70] Öyle ki 1190 ya da 1200 yıllarında İngiltere'deki bir hukukçu, kolaylıkla Normandiya'ya taşınabilir ve yeni bir şey öğrenmesine gerek kalmaksızın mesleğini orada icra edebilirdi. Yirmi ya da otuz yıl boyunca Sicilya mabeyninin baronlarından olan; daha sonra da bir yirmi ya da otuz yıl boyunca İngiliz mabeyninin baronluğunu yapan Thomas Brown, Normandiya Dükalığı'nın mabeynine büyük bir sürprizle karşılaşmaksızın gidebilirdi. Benzer biçimde bir Norman yargıç Palermo mahkemesinden Westminster ya da Caen mahkemesine yeni bir eğitim almadan gidebilirdi.

Trés ancien coutimier de Normandie'nin 7. Bölümü, zilyetlik davalarında karar vermek üzere çağrılacak jüriyi, çevre ahalisinden her iki tarafla da akraba olmayan on iki özgür adamdan oluşan bir jüri olarak tanımlamıştır. 73. Bölümünde İngilizler'in 1166 tarihli Clarendon Yasaları'nda öngörülen bir *novel disseisin* emrinin âdeta aynısı olan bir örnek verilmiştir. "Kral ya da onun kâhyasından şu veya bu yerdeki şerife selamlar. H. Ye R.'nin ... şu zamanda sahip olduğu ... ve daha sonra ondan haksız biçimde ve bir hüküm olmadan alınan ... mülkünü derhal geri vermesini emredin".

Trés ancien coutimier de Normandie yazıldıktan birkaç yıl sonra Normandiya Dükalığı, Fransa Kralı II. Phillip tarafından fethedilmiş ve kurduğu Fransız imparatorluğuna dâhil edilmiştir. Sonraki yirmi yıl boyunca Phillip, Norman hukukunun, Normanların idari ve adli yönetiminin de kapsayan kimi temel kurumlarını Fransa'nın krallık hukukuna uyarlamıştır. Böylece

---

[69] Ibid., ss. 192-193.

[70] Bkz. Ernest-Joseph Tardiff, *Coutumiers de Normandie*, 2 vols. (Rouen, 1881-1903).

Normandiya Dükalığı, İngiltere ve Fransa üzerindeki doğrudan etkisiyle birlikte Batı hukuk geleneğinin büyük bir parçasını oluşturmuştur.

Fransa

I. Haçlı Seferi (1099) sırasında yazılan *Roland's Song* (Roland'ın Şarkısı), Fransız erkeklerin (*Franci*) kahramanlıklarını ve dindarlıklarını anlatarak ve *la douce France*'a (tatlı Fransa'ya) atıftan bulunarak onların yurtseverlik duygularını kabartmıştır. Yine de o dönemde Fransa'dan politik bir varlık olarak söz edilemezdi. Fransa Kralı, ortaya çıkmakta olan Fransa ulusunu oluşturan Burgonyalılar, Pikardiler, Normanlar, Brötonlar, Gaskonlar, Provencelar ile birlikte toplamda sayıları on ikiyi bulmayan diğer kabilelerin sakini oldukları toprakların efendisiydi. Kralın hüküm sürdüğü ve piskoposluk kentleri Paris ve Orleans ile çevrilmiş olan *Île de France* büyük ölçüde babadan oğula geçen bir krallıktı. Daha sonra Fransa'yı oluşturacak olan bölge çeşitli dükalık, kontluk ve lordluklara bölünmüştü. Bunların pek çoğu teoride kralın feodal kiracılarıydı fakat gerçekte her biri hayli bağımsızdı. Bunlar aralarında Normandiya, Aquitaine, Brötanya ve Burgonya'nın da bulunduğu yarım düzine dükalık; Flamanya, Anjou, Tolouse, Blois, Manş ve Barselona'nın bulunduğu kontluklardı ve bazıları mesela Normandiya Dükalığı ile Flamanya Kontluğu, Fransa Krallığı'ndan dikkate değer ölçüde daha güçlü ve müreffehti.

Yüzyıldan daha önce bir zamanda 987 yılında Batılı Frank-lar'ın son Karolenj kralı V. Louis ölmüştü ve yerine Hugh Capet geçmişti ("İmparator" unvanı çoktan Doğu Frank hükümdarlarına geçmişti). Capet hanedanı sadece krallıktaki vasalları muhafaza etmekten daha fazlasını yapamamıştır. 1100'lerde durum iyileşmişti. VI. Louis (1108-1137) ve VII. Louis (1137-1180) daha karmaşık idari ve hukuki araçlar geliştirmiş; mantık evlilikleri ile topraklarını genişletmişlerdir. Bu evliliklerden birisi VII. Louis'nin Aquitaine'li Eleanor ile yaptığı evliliktir. Ancak bu evlilik on beş yıl sonra boşanmayla sonuçlanmış, Eleanor yüklü çeyizini Aquitaine ve Guyenne'i alarak bir başka Fransız'la; Normandiya Dükü, Anjou ve Maine Kontu ve müstakbel İngiltere kralı Henry Plantagenet, II. Henry ile evlenmiştir.

Fransa'nın ilk büyük kralı ve Fransız devletinin ve krallık hukukunun kurucusu II. Philip'tir (1180-1223). II. Phillip, daha son-

raki nesiller tarafından Philip Augustus olarak adlandırılmıştır. Evlilik yoluyla ve fetihle kurulan ittifaklar ile özellikle 1214'te Bouvines'te İngiltere kralı John, İmparator IV. Otto ve Flamanya Kontu Ferrand'a karşı kazandığı zaferle Philip, gerçekte bir Fransız imparatorluğu kurmuştur. Büyümeye başlayan *Francia, Île de France* ile birlikte Champagne, Blois, Burgonya, Nevers'i ve İngiltere Kanalına uzanan *fief*'leri krallığın hâkimiyet alana dâhil etmiştir. Philip'in yetki alanı, aslında İngiltere kralları Richard (1189-1199) ile John'un (1199-1216) kazandığı Normandiya, Aquitaine, Brötanya, Anjou ve Touraine dükalık ve kontluklarının tamamını da kapsamıştır. Hem krallığındaki kendisine ait toprakları hem de siyasi ve askerî araçlarla kazandığı toprakları kapsayan bütünleşmiş siyasi ve hukuki bir yapı kurmak Philip'in başarısıdır. II. Philip, bir nesil önce II. Henry'nin İngiltere'de ve iki nesil önce II. Roger'ın Güney İtalya'da yaptığını Fransa'da yapmıştır.

Philip'in "imparatorluğu" İngiltere kralı II. Henry'nin ve Sicilya kralı II. Roger'ın "imparatorlukları" gibi federal bir devlet inşa etmiştir. Her üçünde de teknik olarak krallığın parçası olmayan çeşitli dükalıkları, kontlukları ve lordlukları ile birlikte bir krallık (Fransa, İngiltere, Sicilya) vardı. Her üçünde de kurulu muhtelif yönetimler -krallık, dükalık, kontluk, lordluk- özerkliklerini belli ölçüde muhafaza etmiştir. Kurulu yönetimlerin üçünde de kendi yöneticisi ya kralın kendisi ya da kralın mirasçısı olan bir vasal yahut kral tarafından atanan bir yönetici bulunmaktadır. Her birinin kendi örf ve âdet hukuku vardı. Yine de kral, krallığındaki bütün yönetim birimlerinde uygulanacak yasaları çıkarabiliyor ve bu birimleri yönetiyordu ve kralın mahkemeleri, buralarda ortaya çıkan belirli ihtilaflarda yargı yetkisine sahipti.

Elbette Fransa, birliğini İngiltere ve Sicilya kadar sağlamamıştı -hatta II. Henry'nin ya da II. Roger'ın hüküm sürdüğü bütün toprakların tamamı kadar bile birlik olmamıştı. Bu durum birbiri ile ilişkili pek çok unsurla açıklanabilir. Fransa daha büyüktü; belki de nüfusu İngiltere'nin ya da Güney İtalya'nın nüfusunun dört beş katıydı. Fransa'nın birliğini sağlama süreci daha sonra başlamıştı. Fransa bir yandan Anglo-Saksonların güçlü kraliyet geleneğinden ve güçlü hukuk algısından ve diğer yandan da Normanların yönetme yeteneğinden yoksundu. Kralları da katı acımasızlıktan ve şiddet arzusundan yoksundu. Nihayet, Fran-

sa'daki feodal ekonomi sisteminin biçimi de siyaseten bölünmüşlüğe izin veriyordu ancak burada da ekonomik sistemin sebep mi sonuç mu olduğunu söylemek zordur.

Bununla birlikte on ikinci yüzyılın son çeyreğinde ve on üçüncü yüzyılın ilk çeyreğinde Fransa'da, daha önce İngiltere ve Sicilya'da olduğu gibi, idari ve hukuki araçlar hızlı bir biçimde gelişmiştir.

PHILIP AUGUSTUS'UN KİŞİLİĞİ

II. Philip, VII. Louis'nin tek çocuğuydu ve doğumundan itibaren kral olmak üzere yetiştirilmişti.[71] 1180'de on beş yaşındayken tahtı babasından devralmıştır. Hükümranlığının ilk birkaç yılını soyluların, özellikle annesinin de üyesi olduğu Champagne Sarayı'nın entrikalarını önlemeye çalışmakla geçirdi. Hainault Kontu V. Baldwin'in kızı ve Flamanya Kontu Philip'in yeğeni ile 1180 yılındaki evliliğiyle, komplocuları yanına çekti. Diplomatik ve askerî yiğitliğiyle Philip, genç yaşına rağmen kendi kendisinin efendisi oldu. O dönemin bütün başarılı hükümdarlarının taşıdığı niteliklere sahip olduğunu çoktan göstermişti.

Hükümranlığının ilk on yılı ise Flamanya kontu Philip ile İngiltere kralı II. Henry ile birlikte ve onlara karşı ittifaklarla geçmiştir. Hükümranlığının ikinci on yılında Cermen İmparatoru ile (önce Frederick Barbarossa, sonra IV. Henry) İngiltere kralı I. Richard'a karşı ittifaklar yapan Philip, 1200'lerin başında İngiltere krallığındaki Fransız topraklarını -Normandiya, Maine, Touraine, Poitou ve Anjou- ele geçirmiştir. Philip'in büyük askerî yetenekleri ve gücü, Fransız birliklerinin Flamanya, Almanya ve İngiltere'ye yürüdüğü Bouvines Savaşında (1214) doruğa ulaşmıştır.

Philip'in bir siyasi olarak ve savaşçı olarak yetenekleri onun yönetici ve yasakoyucu olarak yetenekleri ile birleşmiştir. Etrafını, ona tavsiyede bulunan ve onun temsilcisi gibi hareket eden hukuk eğitimi almış kimselerle doldurmuştur. Philip, Normanlar'ın Normandiya, İngiltere ve Sicilya'daki örgütlenme dehasından etkilenmiş, -özellikle Normandiya'nın (1203-1204) fethinden sonra- Anglo-Norman gezici yargıçlık ve şeriflik kurumlarını kendi topraklarına uyarlamıştır. Feodal hizmetlerin çoğunu, pa-

---

[71] Bkz. Maurice Jallut, *Phillippe Auguste, fondateur de l'unite française* (Paris, 1963); Achille Luchaire, *Philippe Auguste* (Paris, 1884).

ralı askerlerin giderlerini karşılayabilmek için mâli ödemelere çevirmiş ve lordluklar ve baronlar üzerinde geniş hak iddia etmiştir. Philip, özellikle kayda değer bir özerklik tanıdığı şehirleri ve ticari imtiyazlar verdiği ve tekel sağladığı büyük tacirleri kayırarak ruhban sınıfını, feodal lordları ve şehir otoritelerini birbirine düşürmüştür.

Bütün bu yetenekleri, ilgi alanları ve politikalarıyla Philip, çağının diğer yasakoyucu krallarına özellikle Sicilya'daki II. Roger, İngiltere'deki II. Henry, Almanya'daki Frederick Barbarossa ve Flamanya'daki Philip'e benzemektedir. Philip bu isimlere kişisel özellikleriyle de benzemektedir. Çağdaşlarına göre Philip bedenen çok güçlüydü, iyi yiyeceğe, şaraba ve kadınlara düşkündü, yorulmak bilmez bir avcı ve kılıç ustasıydı. Dostlarına cömert düşmanlarına acımasızdı; kolay öfkelenirdi ama öfkesini denetleyecek kadar serinkanlıydı. Dindar bir Roma Katoliği idi. Her ne kadar III. Haçlı Seferinden İngiltere kralı II. Richard ile arası açıldığı için çekilmiş olsa da Catharist sapkınların acımasızca bastırılmasını üstlenmişti. Hedeflerine ulaşmak için ödünç almaya, uyarlamaya, deneyime ve yeniliğe açık ve istekliydi. Tıpkı on ikinci ve on üçüncü yüzyılın diğer büyük monarklarında olduğu gibi, Heinrich Mitteis'in deyimiyle "itidalle kendini koruma ve beceriklilik" kişiliğinin belirleyici özelliğiydi.

İktidarın bir aracı olarak hukuka inancı onun bir araç olarak adalete inancına denk düşüyordu. Ölmeden önce oğlu Louis'ye "alttakiler ve üsttekiler, zenginler ve fakirler için" adaleti sağlamasını öğütlemişti.[72]

FRANSIZ DEVLETİ

Philip Augustus, özünde feodal bir krallık mahkemesi (*curia regis*) devralmıştı.[73] Mahkeme hem ruhban ve lâik babadan oğula *magnate*'ler ile krallık vasallarından hem de kralın baronlardan seçilen kral maiyetinden oluşuyordu. Kral çağırdığında toplanır;

---

[72] *Chronique rimée de Philippe Mouskés,* publ. Baron de Reiffenberg, II (Brusselsi 1838), 427 ss. 23735-23738.

[73] Bu iddia her zaman yorumlarla olmasa da şu eserlerde bulunan olgularla desteklenmektedir. Francois J. M. Olivier-Martin, *Historie du droit français des origines a la révolution,* 2nd ed. (Paris, 1951); Emile Chénon, *Historie générale du droit français public et privé des origines a 1815, I* (Paris, 1926); Mitteis, *Der Staat des hohen Mittlealters;* Ludwig Buisson, *König Ludwig IX, der Heilige und das Recht* (Freiburg, 1954); Petit-Dutaillis, *Feudal Monarchy.*

danışma, yargı ve yasama fonksiyonlarının karışımını icra ederdi. VI. ve VII. Louis'in hükümranlığında mütevazı bir kökenden gelen bir ruhban olan St. Denis'li Keşiş Suger, kralın baş danışmanı olarak krallığın maiyetinin iktidarının güçlenmesinde ve babadan oğula *magnate*'lerle krallık vasallarının iktidarının kaybolmasında önemli ölçüde etkili oldu. Philip Augustus'un ileriye taşıdığı temayül de bu oldu. Onun yönetiminde *curia regis*'in adli ve mâli fonksiyonları mahkemeden ayrıldı ve şansölyelik, bu faaliyetlerle diğer idari birimleri koordine eden makam haline geldi. Bu açılardan Philip, yönetimde; II. Henry'nin İngiltere ve Normandiya, II. Roger'ın Sicilya, Calabria ve Apulia için, papaların on birinci yüzyılın sonundan itibaren kilisenin yönetimi içim yaptığını yaptı -ya da yapmaya başladı. Philip'in başlattığı değişim meyvelerini oğlu VIII. Louis (1223-1226) ve özellikle torunu IX. Louis (1226-1270) döneminde vermiştir.

Fransa'da merkezî yönetim aygıtlarının kurulması, krallığın idari otoritesi krallık elçileri aracılığıyla, kralın topraklarında yerel olarak uygulanana kadar mümkün olmamıştır. Yerel ve merkezî yönetim aygıtlarının, yetkilendirilmiş temsilcilere dayanan birleşimi, Batılı devletin oluşumunun esaslı bir bileşeniydi. İlkiyle ilişkili diğer bir bileşeni ise, kraliyet temsilcilerine yol gösterecek ve onları bağlayacak bir hukuk sistemiydi. Yerellerde hukukun rehberliğinde, hukukla bağlı yetkili bir otorite kuramamış olmaları daha önceki Fransa krallarının beceriksizliğiydi; bu beceriksizlik Philip Augustus'a dek bir Fransız devletinin oluşumunu engellemiştir. Daha öncesinde sadece Fansız dükleri ve kontları değil baronlar da krallık temsilcilerinin kendi hâkimiyet alanlarına girmesine izin vermemiştir. Dahası, Fransa kralları İngiliz kralların yaptığını yapamamış ve yerel köylerin ve bölgelerin kurumlarından etkin biçimde yararlanamamıştır. Zira Fransa'da özerk yerel yönetim geleneği, Anglo-Sakson krallıklarında olduğu kadar güçlü değildi ve baronlar karşısında daha korunmasızdı.

Bu koşullar altında Fransız krallarının yaptığı, kendi topraklarını *provost* (*prévôts*) adı verilen yerellerde idareci ya da vali olarak yaşayan insanlar aracılığıyla yönetmek, vergi toplamak, suçluları tutuklamak ve yargılamak ve şövalyeleri çağırmaktı. Bu yöneticiler kullandıkları haklar ve yetkiler karşılığında genellikle krallığa bir bedel (*forfeit*) öderlerdi; buna *ferme* adı verilirdi ve *fief* olarak elde tutulur, çoğunlukla da miras bırakılırdı. Kral, *pro-*

vost'lara nadiren müfettiş yollardı. Bu sistem, on birinci yüzyılda ve on ikinci yüzyılın başlarında İngiltere'de hâkim olan sistemden çok farklı değildi.

II. Philip, denetimlerin sayısını artırmış müfettişlerin itibarını ve otoritesini, Normandiya'da II. Henry yönetimindeki gibi krallık temsilciliği (*bailli*) olarak adlandırılan yeni türde bir memurluk ihdas edecek ölçüde artırmıştır.

Kral temsilciliği kurumu, II. Philip'e ve danışmanlarına II. Henry'nin topraklarındaki Anglo-Norman *bailli* ya da şeriflik kurumunun tavsiye edilmesiyle ihdas edilmiştir. Philip, *bailli*'ye (krallık temsilcisi) Anglo-Norman şeriflerin kimi idari görevlerini ve Anglo-Norman gezici yargıçların kimi yargısal görevlerini vererek, bu kurumu bilinçli olarak değiştirmiş ve uyarlamıştır. Anglo-Norman şerifler gibi Fransız krallık temsilcileri de pek çok meselede kralı temsil edebilirdi; talimatlarını kraldan alırdı, mâli işleri denetler ve krala rapor verirdi. Anglo-Norman gezici yargıçlar gibi Fransız krallık temsilcileri de kralın mahkemesinde yetki alarak ceza davalarını (*cas royaux*) görür ve genel olarak kralın haklarını ve ayrıcalıklarını korurlardı. 1190 tarihli bir kraliyet kararnamesiyle, krallık temsilcilerine davaları (*clamores*) gördükleri yerde bir aylığına o yöreden dört güvenilir (*legales homines*) adamdan oluşan konseyleri ile mahkeme kurmaları talimatı verilmiştir. Zamanla kralın her temsilcisi, sabit bir yer belirleyerek kralın işlerini yürütmüş ve orada kraliyet yargıcı olarak oturmuştur. 1226'dan sonra ise Fransa'nın çeşitli bölgelerinde benzer bir makam; kâhyalık ortaya çıkmıştır. Kâhyalığı kralın temsilcisinden ayıran özelliği bir şekilde kraldan daha bağımsız olmasıdır. Kralın temsilcileri ile kâhyalar normalde kralın maiyetindeki daha alt seviyedeki soylulardan seçilirdi; genellikle hukuk eğitimi almışlardı ve maaşa bağlanırlardı; kralın hizmetkârları oldukları kadar düklerle kontların da arabulucularıydılar.

Yerel yöneticiler (*provost*) kendi bölgelerini yönetmeye, kralın emirlerini yerine getirmeye ve onun adına adalet dağıtmaya devam etmişlerdir. Aynı zamanda yöre sakinlerinden oluşan konseyleri ile birlikte hüküm de vermişlerdir. Temyiz başvuruları, bir bölgedeki *provost* mahkemelerinden alınarak kralın temsilcilerine verilmiştir. Dahası her şeyden evvel kimi dava türleri kralın temsilcisinin mahkemesine tahsis edilmiştir. Kralın temsilcileri yetki alanlarındaki kimi önemli şehirlerde, *provost*'un ve "gü-

venilir adamları"nın ya da yerelde "ileri gelenlerin konseyi"nin yahut da kimi bölgelerde lâik yargıçların (*hommes jugeans*) yardımıyla mahkeme kurardı. Davadan kazanılan gelirler -davanın taraflarının ödemesi gereken ücretlerle hüküm sonucunda topluluğa dayatılan vergi gelirleri- saraya ve aradaki lordlara giderdi.

Kralın temsilciği sisteminin başlatılması, merkezî ve profesyonel kraliyet yargısı kurumunun gelişiminin ön şartıydı. II. Philip'in tahta çıkmasından evvel görece çok az dava kralın mahkemesinde görülmüştü; 1137'den 1180'e dek toplam seksen beş ya da yılda ikiden az dava görülmüştür.[74] Bunlar daha ziyade mahkemenin hak dağıtmaktan kaçınması ya da yanlış hüküm nedeniyle büyük bir feodal lord aleyhine açılan ya da kilise lordu ile kimi özgürlükler bahşettiği kent komünü arasındaki davalardı. Bu davalarda genelde kral şahsen başkanlık ederdi. Yargıçlar, kralın mahkemeye katılmaları için çağırdığı büyük lordlar ve kraliyet memurlarıydı. Henüz bir krallık hukuku sistemini uygulayacak ve biçimlendirecek profesyonellerden oluşan merkezî bir kraliyet mahkemesi yoktu.

Böylesi bir mahkeme on üçüncü yüzyılda ortaya çıkmıştır. İlk başta *curia regis*'in *parlements* ("tartışma" ya da "müzakere" anlamına gelirdi) denilen periyodik oturumları yılda birkaç kez mahkeme olarak toplanmıştır. Sonunda 1250'den sonra Paris Parlamentosu, hukuk davalarına ve ceza davalarına bakan profesyonellerden oluşan daimî bir yargı organı olarak toplanmaya başlamıştır. Bu mahkeme kimi zaman ilk derece mahkemesi olsa da genellikle *bailli* mahkemelerinden gelen davaların ve daha az olmakla birlikte düklerin, kontların ve diğer lordların mahkemelerinden gelen davaların temyiz mercii olmuştur. Nihayetinde de kral önce nadiren mahkemelere katılmış sonra hiç katılmamaya başlamıştır. Paris Parlamentosu Fransız Devrimi'ne dek üstün kraliyet mahkemesi olarak varlığını sürdürmüştür.

Sicilya ve İngiltere'de olduğu gibi ve Roma Kilisesi'nde de olduğu gibi merkezî bir kraliyet yargısının yaratılması, erken modern Batı devletinin gelişiminin bir özelliğiydi. Siyasi iktidarın (*imperium*) ve yargı yetkisinin (*jurisdictio*) hem birleşmesini hem de ayrılmasını temsil ediyordu; siyasi iktidar ile yargı yetkisi krallık makamında birleşmiş ancak hukuken kralın konseyi ve kralın mahkemeleri olarak ayrılmıştı. Fransa, İngiltere ve Sicil-

---

[74] Olivier-Martin, *Historie*, s. 225.

ya'ya kıyasla tek bir profesyonel merkezî kraliyet yargısı oluşturmakta daha yavaş davranmıştır, tıpkı kraliyet yargısının yetkilerini dağıtırken de daha yavaş davrandığı gibi. Ancak önünde sonunda ayrı ve daimî kraliyet mahkemesi sisteminin kurulması yeni devlet yapısı için zorunluydu. Zira yeni devlet yapısının özelliklerinden birisi, onun toplumsal, ekonomik ve siyasi düzenlemeleri yapabileceği bir araç olarak mahkeme kararlarına muhtaç olmasıydı.

Buna mukabil, belirli taraflar arasındaki adaletin krallıkça yönetilmesi, uygulanacak bir krallık hukukunun varlığına ve bu hukuk gövdesinin zaman içinde kral tarafından uyarlanabileceğine ve değiştirilebileceğine işaret ediyordu. Philip Augustus ve halefleri atalarının aksine, kabul edildikleri ve kendilerinin de kabul ettiği anlamda düzenli olarak yasa çıkarma görev ve yetkisine sahip yasakoyuculardı. On üçüncü yüzyılda Fransa kralları giderek artan sayıda ve mevcut hukuku değiştiren kanunlar (*établissement*) ve kararnameler (*ordonnances*) çıkarmışlardır. Bunların çoğu, adalet yönetimine ilişkin yeni kraliyet yasalarıydı ve belki de en ünlüleri IX. Louis'nin 1258'deki kararnamesiydi. Bu kararname ile düello ilga edilmiş ve yerine temyiz mercii olarak Paris Parlamentosuna başvurma usulü getirilmişti. Diğer yasalar bütün krallıkta para basmaya, kasabaların daha titiz denetlenmesine ve genel olarak kraliyet yönetiminin etkinliğinin güçlendirilmesine ilişkindi. Kimi zaman bu yasalarda "herkesin kamusal refahı için" ya da "krallığın ortak yararına" diye belirtilirdi. Bu ifadeler, kanon hukukçularının kralın yasa yapma iktidarını meşrulaştırmalarını yansıtmaktadır; tıpkı Aquinalı Thomas'nın meşhur yasa tanımında olduğu gibi: "[Yasa] topluluktan sorumlu kimsenin ortak iyilik için yazdığı reçetedir".[75]

FRANSIZ KRALİYET YARGI SİSTEMİ

Hukuk tarihçileri, Fransız kraliyet yargı sistemini İngiltere'nin neredeyse bir yüz yıl gerisinde olarak değerlendirirler. İngiltere'de 1170'lerde merkezî kraliyet mahkemesi olduğuna, buna karşılık Fransa'da 1250'lere kadar Paris Parlamentosu'nun kurulmamış olduğuna dikkat çekerler. Ne var ki, bu elmalarla armutları karşılaştırmaya benzemektedir. Paris Parlamentosu esas itibarıyla bir temyiz mahkemesiydi; ilk derece mahkemelerinden

---

[75] Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, pt. II-I, qu. 90-97.

ya *provost* ve *bailli*'lerin krallık mahkemelerinden ya da dük, kont ve diğer lordların mahkemelerinden gelen davaları incelerdi. İngiliz kraliyet yargıçları ise aksine ya geziciydiler ya da Westminster'deydiler; normalde bir emirnameyle açılan davaları ilk derece mahkemesi olarak görürlerdi. Bununla birlikte on ikinci yüzyılın İngiliz kraliyet yargısı, on ikinci yüzyılın Burgonya, Maine, Tolouse gibi Fransız dükalıklarının ve kontlukları ile krallık topraklarındaki kralın yargı yetkisinin bulunduğu diğer yerlerin yargısıyla karşılaştırılabilir (Fransa'da "kontluk" (*county*) terimi bir kontun yönettiği birimi ifade eder; İngiltere'de olduğu gibi "idari bölge" ya da "eyalet" (*county, shire*) anlamına gelmez). On ikinci yüzyılın İngiliz kraliyet yargısı, II. Philip tarafından 1190'da kurulan Fransız kraliyet yargıçları sistemi -*bailli*- ile de karşılaştırılabilir. Temel farklılık *bailli*'lerin hiçbir zaman gezici ya da merkezî olarak yerleşmiş olmaması, fakat farklı bölgelerde faaliyet göstermeleridir. Öte yandan IX. Louis'nin Paris Parlamentosu, İngiliz merkezî kraliyet mahkemesinin yapmadığını yapmıştır: Düzenli olarak temyiz başvurularını incelemiştir. Bu farklılık, İngiliz uygulamasını "erken gelişmiş" ya da Fransız uygulamasını "geriden gelen" olarak ele alanlar tarafından ihmal edilmiştir.

Eğer on ikinci yüzyılda İngiltere'deki merkezîleşmiş yargı ile aynı yüzyılda bir bütün olarak Fransa'daki yargı değil de büyük bir Fransız dükalığı karşılaştırılacak olursa, her ikisi arasında belirgin benzerlikler bulunur. Çarpıcı örneklerden birisi Normandiya'dır zira on ikinci yüzyıldan itibaren buradaki önemli sivil davaların dükalık yargıçları tarafından görülmesi özünde İngiltere'deki önemli sivil davaların kraliyet yargıçları tarafından görülmesine benzemektedir. Normandiya dükü İngiliz kralı ile hemen hemen aynıdır. O dönemde ne İngiltere'de ne de Normandiya'da bu tür davalardaki kararlara karşı temyiz sistemi mevcuttu. Bir yüzyıl sonra ise, Fransa kralı IX. Louis Normandiya'nın da hükümdarı olduğunda, merkezî dükalık mahkemesinde görülen davalar ilk defa Fransa'daki yeni merkezî kraliyet mahkemesinde temyiz edilmeye başlandı. Bir yüzyıl sonra Fransa kralı IX. Louis Normandiya hükümdarı olduğunda Normandiya merkezî dükalık mahkemesinde görülen davalar, ilk defa Paris merkezî mahkemesinde temyiz edilmeye başlandı.

Fransız devleti *provost* mahkemelerinden krallık temsilcilerinin mahkemelerine, krallık temsilcilerinin mahkemelerinden ve

düklerin, kontların ve diğer lordların mahkemelerinden Paris'teki merkezî krallık mahkemelerine temyize gitmeyi mümkün kılan düzenli bir mahkemeler hiyerarşisi sistemi kurarken, İngiliz devletinden bir hayli "ileride" idi, kesinlikle "geride" değildi.

Elbette, İngiliz kralları için böylesi bir temyiz sistemi oluşturmaya girişmek oldukça abes düşerdi. Zira İngiliz kraliyet mahkemeleri usulünde bu başvurular, jürinin önceden sahip olduğu bilgilere dayanan ve olguya ya da olguya ve hukuka dair kraliyet yargıçlarının sordukları evet-hayır sorularından oluşan sorgulamalardan sonra yapılmalıydı. İngiliz hukukunda Fransız sistemine en yakın sistem sadece sivil davalarda geçerli olan bir çeşit "karar düzeltme" (*attain procedure*) başvurularıdır. Burada yirmi dört kişiden oluşan büyük jüri daha önceki jürinin verdiği kararı incelemek üzere toplanırdı; eğer jüri kararı yanlış bulunursa mağdur olan tarafa, yanlış hüküm nedeniyle kaybettiği her şey iade edilir ve ilk jüri cezalandırılırdı; mallarına el konur, kendileri hapsedilir, eşleri ve çocukları kapı dışarı edilir, evleri yıkılır, ağaçları kökünden sökülür ve otlakları alt üst edilirdi.

Başta, yani on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında Fransız sivil ve ceza yargılama sistemi, İngiliz sisteminden çok da farklı değildi. Elbette merkezî kraliyet mahkemelerinde değil ancak merkezî dükalık ve kontluk mahkemeleri ile *provost*'ların ve krallık temsilcilerinin yerel kraliyet mahkemelerinde, yargıçlar lâiklerin mahkemelerine başkanlık ederdi. Mahkeme kararı mahkemeye başkanlık eden görevli tarafından değil, mahkemenin lâik üyeleri tarafından verilirdi. Mahkemeye başkanlık eden ile taraflar ayrımının tarihi -İngiliz jüri sisteminde olduğu gibi- Frank soruşturma usulüne kadar götürülebilir. Kırsaldaki insanların dava duruşmalarına katılımına duyulan güven Philip Augustus'un *bailli* mahkemelerini kurmasıyla artmıştır. "Halk soruşturması" (*enquéte par turbe*) kurumu yerel âdetleri saptamak için de kullanılmıştır; on iki adam âdetleri anlatmak üzere çağrılmış ve onların oy birliğiyle vardıkları sonuçlar sözcüleri tarafından açıklanmıştır.

Fransız sisteminde on üçüncü yüzyılın ikinci yarısında ve sonrasında dramatik değişiklikler meydana gelmiştir. John P. Dawson'un açıkladığı üzere, Fransız usulü daha bilimsel ve karmaşık biçimde gelişmiştir.[76] Profesyonel olarak yetişmiş hu-

---

[76] John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), s. 276.

kukçular sadece temyiz mahkemelerinde değil *provos*t'ların ve *bailli*'lerin mahkemeleri ile düklerin, kontların hatta daha alt seviyedeki lordların mahkemelerinde de boy göstermiştir. Nihayet on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda sadece Paris Parlamentosu'ndaki değil fakat ilk derece mahkemelerindeki yargıçlar da duruşma esnasında dahi, kanon hukukundakine benzer yazılı bir usul izlemiştir. Taraflar yazılı savunmalarını ve iddialarını sunardı, tanıkların yeminleri ve gizli alınan yazılı ifadeleri bulunurdu ve mahkeme kararında bulgular ve gerekçelendirilmiş görüşler yazılı olarak belirtilirdi. Taraflar birbirlerinin ifadelerine itiraz ederdi ve sorguyu gerçekleştirenlerin hükümleri kayıt altına alınırdı. Bolca şekli şart mevcuttu. Temyiz, alt derece mahkemelerinden üst derece mahkemelerine oradan da Paris Parlamentosu'na gönderilen ciltler dolusu kayıtta yer alan hatalara edilen itirazlara dayanırdı. Dawson'un belirttiği üzere alt derece mahkemelerinin lâik yargıçları "giderek karmaşıklaşan usul nedeniyle yılmış ve sersemlemiş"[77]; aşama aşama uzaklaşmıştır. *Enquéte par turbe* varlığını sürdürse de resmî unsur halk unsurunu galebe çalmıştır.

Daha sonraki gelişmelerin ışığında değerlendirildiğinde, Fransız krallarının kanon hukukunda öngörülen usulü erken bir dönemde iktibas etmeleri ve Paris'teki merkezî kraliyet mahkemesine uzanan bir mahkeme hiyerarşisi sistemi yaratmalarının, Fransız hukuku üzerinde zararlı sonuçları olduğu iddia edilebilir. Buna karşılık yine aynı bakış açısından İngiliz krallarının Fransız geleneğindeki soruşturma usulünü erken iktibaslarının İngiliz hukuk tarihine etkilerinin yararlı olduğu ileri sürülebilir. Ancak on ikinci ve on üçüncü yüzyılların perspektifinden Fransız mahkeme sistemi ve yargılama usulü, çağdaşı olan İngiliz hukukuna kıyasla, hem davanın tarafları için adaletin tesis edilmesi hem de toplumun krallık tarafından düzenlenmesi bakımından çarpıcı biçimde avantajlıdır.

Fransız usulü, davanın tarafları için adaletin tesis edilmesi bakımından, kilise mahkemelerindeki usul gibi davaya ilişkin bütün meselelerin ve olguların meydana çıkarılması için hazırlanmışken İngiliz usulü, davaya ilişkin meselelerin ve olguların olası bir noktaya ya da bazı noktalara en dar biçimiyle indirgenmesi için tasarlanmıştır. İngilizlerin layiha ve jüri kararı sistemi -

---

[77] Ibid., s. 268.

bir yargılama olmaksızın verilen hüküm- belli tipteki davalara hayli başarılı biçimde uyarlanmıştır. Sistemin tam da bu kusuru, İngiltere şansölyesini on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda fakirleri ve muhtaçları korumak, dürüst ve güvenli ilişkileri pekiştirmek ve emredici ve diğer biçimlerde spesifik çözümler üretmek amacıyla hakkaniyete dayanan bir yargı sistemi, *equity*, kurmaya her şeyden çok zorlamıştır (*Equity*, mâli zarara ilişkin *common law* çözümlerinden farklıdır). Neredeyse her zaman aynı zamanda yüksek bir ruhban olan İngiltere şansölyesi, tanıkları müzekkere ile çağırırken ve yemin altında sorgularken Fransız kraliyet usulü de olan kanon hukuku usulüne uymuştur.

Toplumun krallık tarafından düzenlenmesi bakımından ise, Fransız krallık hukuku sisteminin Fransa'da İngiliz krallık hukukunun İngiltere'de etkin olduğu gibi etkin olduğu söylenemez. Bunun sebebi kısmen Fransız kralının yönettiği nüfusun İngiltere nüfusunun dört ya da beş katı olması ve bu nüfusun çatışan pek çok politik birliğe bölünmüş olmasıdır. Üzerinde düşünülmesi gereken daha önemli soru ise şudur: On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Fransız krallarının yönetiminde geliştirilen krallık hukuku, düzeni sağlamada başarılı mıydı? Yoksa İngiltere'deki gibi daha gelişmiş bir krallık hukuku sistemi geliştirilebilir miydi? Philip Augustus, kendisinin krallık temsilcisi sistemini kısmen İngiliz şeriflik ve gezici yargıçlık sistemini örnek alarak kurmuştur. Ancak IX. Louis, Paris Parlamentosu temyiz sistemi ile ona eşlik eden karmaşık ve sofistike yazılı usul nihayetinde halkın yargılamaya katılımındaki rolünü azaltmış ve eğitimli hukukçular sınıfını doğurmuştur. Bu da hukukçular sınıfının zamanla halktan kopmasına ve giderek yozlaşmasına neden olmuştur. Yine de bir kere daha belirtmekte fayda var, IX. Louis'nin yaptığını XIV. Louis dönemine bakarak yargılamamak gerekir. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllar açısından bakıldığında Fransa'da hâkim olan krallık hukuku sisteminin, -İngiltere ile karşılaştırıldığında- ülkenin toplumsal ve ekonomik hayatını düzenleyen dikkate değer hayli etkin bir araç olduğu sonucuna ulaşılabilir. Eğer suçu önlemede yeterince etkin olamadıysa da nedeni, muhtemelen Fransa'daki ceza yargılamasının İngiltere'dekine kıyasla daha az merkezî olmasıydı, ceza yargılaması daha ziyade düklerin, kontların ve diğer lordlarla kent komünlerinin denetimindeydi ki, bu da zorunlu olarak kötü bir şey değildi.

Fransız krallık hukukunun on üçüncü yüzyıldaki etkililiği, onun yerel geleneklerle hukuk yazınını ustaca birleştirmesine ve hukuk yazınını yerel geleneklere uyguladığı karmaşık usulüne dayanmaktadır. Hukuk usulünün ve yazınının yerel geleneklere uygulanması, birleştirici ve eğitici bir güç olan Fransız örf ve âdet hukukunu yaratmıştır.

"Yerel gelenek" terimi, çeşitli yerellerdeki, kasabalardaki ve lordluk, kontluk, dükalık ve feodal araziler ile Fransa'yı oluşturan diğer politik birimlerin farklı geleneklerini ifade etmektedir. Her ne kadar tacın intikaline ilişkin ve evlilik süresince erkeğin kadının malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kısıtlayanlar gibi kimi ortak gelenekler olsa da bütün Fransa'ya ait görece çok az gelenek vardı. Yine giderek artan sayıda *éstablissement* ve *ordonnace* çıkarılmış olmasına rağmen Fransa'da bir bütün olarak yazılı maddi hukuk bulunmuyordu; Fransız yazılı hukuku çoğunlukla usuli idi. Ancak Fransız kraliyet mahkemelerinde hükümlerin genellikle geleneklere göre tesis edilmesi, bu mahkemelerin o gelenekleri biçimlendirmediği anlamına gelmemektedir. Aksine Paris Parlamentosu dâhil kraliyet mahkemeleri ve nadiren de olsa kralın kendisi, "kötü" gelenekleri reddetme ve ancak "makul" olanları uygulama yetkisini kullanmıştır. Bu da beraberinde gelenekleri akla uygun hale getirmek için yorumlama iktidarını da getirmiştir. Sonuç olarak Fransız *örf ve âdet hukukunun* kraliyet mahkemelerinin yorumladığı ve biçimlendirdiği Fransa'nın çeşitli bölgelerinde hüküm süren çeşitli geleneklerden oluştuğu söylenebilir.

Fransa'nın ortak bir örf ve âdet hukuku ile yönetilmesi, Fransa'nın hukukçu ve yargıçlarının Roma hukuku eğitimi aldığını görmezden gelmek demek değildir. Ya da Fransa'nın belirli bölgelerinde, özellikle güneyinde Roma hukukunun belli bir ölçüde Merovenj öncesi döneme dek yaşadığını inkâr etmek değildir. Ancak bunlar iki farklı Roma hukukuydu. İlki, hukukçu ve yargıçların eğitimini aldığı Roma hukuku, Iustinianus'un üniversitelerdeki eğitimli hukukçular tarafından yeniden düzenlenen, öğretilen ve değerlendirilen metinleriydi. Bu üniversitelere on ikinci yüzyılda Fransa'da kurulan Montpellier Üniversitesi ile on üçüncü yüzyılda kurulan Orléans Üniversitesi de dâhildi. Üniversitelerdeki Roma hukuku vazedilmiş bir kod, yasa ya da pozitif hukukun diğer biçimleri değildi; ideal olan hukuktu. Üniversitelerdeki Roma hukuku, örf ve âdet hukukunun yürürlükteki

kuralları ile vazedilmiş yasaların gösterilebileceği ve yorumlanabileceği bir hukuki kavram ve ilkeler gövdesiydi. İkinci türdeki Roma hukuku -yani Merovenj öncesi dönemden beridir özellikle Fransa'nın güneyinde ayakta kalan- ise yüzyıllardır halkın bilincinde varlığını sürdüren dağınık Roma hukuku terimleri, kuralları ve usullerinden meydana geliyordu ve bunların bir kısmı müteakip Cermen kodifikasyonlarına (Vizigotlar'ın ve Lombardlar'ınki gibi), kararnamelerine ve hükümdarların diğer yasalarına da girmiştir. Sıklıkla adlandırıldığı üzere bu "vulger Roma hukuku"nun kendisi örf ve âdet hukuku haline gelmiştir. Öğretilen Roma hukuku ise bağlayıcı kurallar anlamında hukuk olmaktan ziyade hukuki muhakeme anlamına geliyordu.

Öğretilen Roma hukuku, hangi geleneklerin "uygulanabilir" hangilerinin "uygulanamaz" olduğunu belirlemede özellikle yararlıydı. Bu bağlamda kilisenin kanon hukuku da önemli bir rehberdi. Makul olan ve olmayan gelenekleri birbirinden ayırmanın gerekliliğini ilk kez öğreten de kanon hukukuydu. Gerçekten de kanon hukuku bizzat Roma hukukunda neyin kabul edilebilir neyin kabul edilemez olduğunu da birbirinden ayırmanın zorunluluğunu ortaya koymuştur. Geleneklerin yorumlanmasının Kanonist ilkeleri genellikle Roma hukukunun kavram ve kurallarına da uygulanmıştır.

On üçüncü yüzyıldaki Fransız krallık hukukunda gelenek, yargıcın takdir yetkisi dahilinde pek çok farklı yolla ortaya konabilirdi. Yargıç, ilgili geleneği "emsal karar" dediği daha önceki benzeri bir davada uyguladığı için bildiğini belirtebilirdi.[78] Yargıç, mahkemesinde kendisine yardımcı olan lâik hukukçulara danışabilir; geleneği bilen bir grup insanı toplayabilirdi. Örneğin bir papazlığın ya da manastırın geleneğini öğrenmek için bir grup ruhbanı, bir şehrin geleneğini öğrenmek için bazı şehirlileri, bir limanın geleneğini öğrenmek için denizcileri çağırabilirdi. Son olarak *enquéte per turbe* usulüne göre yargıç, on iki bilgili adamı çağırabilir ve onlardan, bir sözcü aracılığıyla mevcut bir gelenek ya da geleneklerle ilgili bir rapor sunmalarını isteyebilirdi.

On üçüncü yüzyılda, bizzat kral zaman zaman uzmanlar arasında çatışmalı geleneklere dair yürütülen bir tartışmaya ortak yararın (*bien commun de tous*) temsilcisi olarak müdahil olabilir ve

---

[78] Bkz. Olivier-Martin, *Historie*, s. 114. Bkz. Dipnot 87.

tartışmayı yöneterek ulaştığı sonuçları ilan edebilir ya da yazdırabilirdi. On üçüncü yüzyıl Fransız hukukçusu Philippe de Beaumanoir'ın sözleriyle "kral, krallığının geleneklerini korumalı ve korunmasını sağlamalıydı".[79] Makul olmayan bir gelenek "fırlatılıp atılmalıydı". Ancak kral aynı zamanda kimi insanlara ya da gruplara, geleneği ihlal ederek ve *equity*'den saparak "ayrıcalık" tanıyabilirdi, yani imtiyaz verebilirdi. Nitekim kral "geleneğe aykırı olarak" kimi kiliselere, şehirlere, loncalara, haçlı askerlerine ve diğerlerine imtiyaz vermiştir.

Son olarak, eğer gelenek sadece kendilerine imtiyaz tanınan belirli insanlara ya da gruplara uygulandığı için değil de genel olarak tatmin edici değilse değiştirilmesi gerekirdi ve kral geleneği revize eden yeni bir yasa yapabilir ya da kararname çıkarabilirdi. Sir Henry Maine'nin teorisine göre hukuk tarihinde *equity*'den yasamaya doğru desteğini Orta Çağ Fransız uygulamasından alan bir hareket vardı ki, kaynağını kanon hukukçularının geleneğin *equity*'ye uygun olarak değiştirilmesine ve *equity*'nin yasayla genelleştirilmesine cevaz veren teorisinden alıyordu.[80]

Aslında Fransa'da geleneği değiştiren görece çok az yasa ya da kararname mevcuttu ve eski geleneklere istisna getiren çok fazla imtiyaz da yoktu. Gelenekler çoğunlukla krallık mahkemeleri tarafından ya "kötü" oldukları gerekçesiyle reddedilerek yetersiz olarak değerlendirilmiş ya da onları "makul" kılmak için yeniden yorumlanmıştır. Gerçekte akla ya da vicdana uygun bir kural geleneğin içinde inşa edilmiştir.

Nitekim on üçüncü yüzyıldaki Fransa krallık hukuku, bir yandan İngiliz krallık hukukundan çok daha bilimseldi zira Fransız sisteminde çok daha fazla sayıda eğitimli yargıç ve hukukçu vardı[81]; yine de krallık yasalarından daha az etkilenmişti. Öte yandan Fransa krallık hukuku Fransa'nın genelinde uygulanan maddi bütünlüğü olan yeknesak gelenekler olmadığı için

---

[79] Philippe de Beamanoir, *Coutumes de Beawaisis*, ed. A. Salmon, 2 vols. (Paris, 1070), I, sec. 683.

[80] Henry Sumner Miane, *Ancient Law* (1861; 3rd Amer. ed. New York, 1888), s. 24.

[81] "1296 yılında -Curia Regis'in ayrı bir kolu olarak ortaya çıkışından otuz beş kırk yıl sonra- krallık kararnamesi ile Parlement of Paris'in sürekli üyelerinin sayısı elli bir yargıç olarak belirlendi... yirmi üç yıl sonra 1319'da toplam sayı altmış yediydi... 1345'te üye sayısı seksen civarında sabitlendi... İngiliz sistemi ile karşıtlığı özellikle çarpıcıdır... [zira] 1300 ile 1500 arasında King's Bench ve Common Pleas'taki sürekli yargıç sayısı normalde seksen değil sekiz veya dokuzdu". Dawson, *Oracles*, s. 274.

daha çeşitli alanlara yayılmıştı. Yine de krallık mahkemeleri tarafından Fransa Krallığını oluşturan çoklu yönetimlerinin farklı geleneklerine uygulanan genel bir usul ve standartlar gövdesi olan geniş bir "*common law*" vardı.

FRANSIZ KRALİYET MEDENİ HUKUKU VE CEZA HUKUKU

Her ne kadar on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Fransız krallık mahkemelerinde uygulanan hukuk büyük ölçüde mekândan mekâna değişen çeşitlemeleriyle örf ve âdet hukuku olsa da aynı zamanda önemli ortak özellikleri de mevcuttu. Gerçekten de ayrıntılarına bakıldığında gelenekler farklılık gösterse de örf ve âdet hukuku geleneklerin kavramsallaştırılma biçimi ve yorumlanırken altı çizilen ilkeleri bakımından dikkate değer ölçüde yeknesaktı.

Fransa krallık mahkemelerinde uygulanan örf ve âdet hukukunun daha sonraki tarifi büyük ölçüde Beaumanoir'in 1283'te yazılan *Books of the Customs and Usages of Beauvaisians* adlı büyük eserine dayanmaktadır.[82] Yazar, Beauvais'te Clermont'un vekilharcıydı, daha önce ise Vermandois, Touraine ve Senlis'te vekilharçlık yapmıştı ve Poitou ve Saintonge'de ise kâhya idi. Bağlı olduğu Clermont Kontu, IX. Louis'nin oğullarından birisi ve Kral III. Philip'in erkek kardeşiydi. Beaumanoir, üniversitede öğrenim görmüş ve iyi bir hukuk eğitimi almıştı. Beaumanoir, Paris Parlamentosu'nun (*Parlement of Paris*) içtihat hukukuna da (*case law*) aşinaydı. İyi yetiştirilmiş bir hukukçu olmasının yanı sıra Beaumanoir, ferasetli ve duyarlı bir düşünürdü. Kitabı az ve öz yazılmış olsa da kapsamlıdır. Modern bir baskıda bin sayfadan fazlasına tekabül etmektedir. Geç bir dönemde yazılmış olmasına ve esas olarak Fransa'nın bir bölgesine yoğunlaşmasına rağmen, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Fransa krallık mahkemelerinde uygulanan hukukun temel özelliklerine ilişkin yararlı bir bilgi kaynağıdır. Beaumanoir, daha az ayrıntılı olmakla birlikte Beauvais'teki diğer mahkemelerin yargı yetkilerini ve yargılama usullerini de incelemiştir -kontluk mahkemeleri, kilise mahkemeleri, feodal mahkemeler, kasaba mahkemeleri, merkantilist mahkemeler ile tahkim mahkemeleri (ki, bütün bir bölümü bunlara ayırmıştır). Hepsi de "Beauvasianlıların gelenek ve âdetleridir".

---

[82] Bkz. Beaumanoir, *Coutumes*, I, sec. I "*Ci commence li livre des coustumes et des usages de Beauvoisins*".

Fransa'da krallık mahkemelerinin usulleri, en azından 1190'dan sonra Augustus *bailiff* mahkemeleri sistemini kurduğu zaman, az çok aynıydı. Vekilharç (*bailiff*), kuşkusuz hizmet ettiği dükalık ya da kontluktaki lordun hizmetkarı idi ancak yine de krala bağlıydı; kararları 1250'den sonra kralın merkezî mahkemesinde, Paris Parlamentosu'nda yeniden incelenebilirdi. Beaumanoir'in belirttiği üzere "her baron, kendi baronluğunda egemendi [ancak] kral hepsine egemendi".[83] Beaumanoir, döneminin diğer kaynakları gibi Clermont'taki *bailiff* mahkemesinin usulünün Fransa'nın diğer bölgelerindekilerle benzer olduğunu belirtmiştir.

Genel olarak *Bailiff* mahkemelerinde ve muhtemelen onlara bağlı *provost* mahkemelerinde medeni hukuk davaları davalının ya da temsilcilerinin davacıya; davacının kendisine, ikametgahına ya da komşularına sözlü bir celpte bulunmalarıyla başlardı. Celpte şikâyet konusunun ana hatlarıyla yer alması gerekirdi. Ancak eğer şikâyet çok genel veya belirsizse davalı itiraz edebilir ya da süre isteyebilirdi. Böyle bir durumda mahkemede yemin isteyebilirdi. Duruşma esnasında davacı şikayetini ayrıntılı olarak ortaya koymalı (*demande*), davalı da savunmasını sunmalıydı (*barre*). Beaumanoir bu usulü kilise mahkemelerinin usulü ile kıyaslar ve *bailiff* mahkemelerinde usul sözlü ve Fransızca iken; kilise mahkemelerinde davacının *libellus*'u ile davalının *exceptiones*'inin yazılı ve Latince olduğunu belirtir. Ayrıca *bailiff* mahkemelerinde mesele *demande* ve *barre* ile ortaya konmalıyken; kilise mahkemelerinde birden fazla iddia -yineleme, üçleme, dörtleme şeklinde- ortaya konabilirdi.

Taraflar mahkemede *procureur* denilen başkaları tarafından temsil edilebilirdi; bunlar vekalet yetkisi (*attorney*) verilen akrabalar, arkadaşlar ya da diğer temsilcilerdi. Taraflar ayrıca onlara tavsiyede bulunan ve davalarını savunan -sözcüğün başka bir anlamıyla- avukatlar (*advocate*) tarafından da temsil edilebilirlerdi. Beaumanoir döneminde avukatlık bir "makam" ya da meslek teşkil ederdi ve kuralları krallık talimatnameleri ile belirlenirdi.[84]

---

[83] "*... chascuns barons est souverains en sa baronie ... li rois est souverains par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet fere teus establissemens comme il li pest pour li plest pour le commun pourfit, et ce qu'il establist doit estre tenu*". Beaumanoir, *Coutumes, II,* sec. 1043.

[84] Beaumanoir'in *procureur* ve avukatların *bailiff* mahkemelerindeki rolüne ilişkin değerlendirmesinin özeti için bkz. Georges Hubrecht, "Commentaire historique et

Beaumanoir sekiz tür delil olduğunu söyler ve bunları anlatır; (1) yemin, (2) yazılı belge, (3) yargı kararıyla düello (istisnai davalarda hâlâ kabul ediliyordu), (4) tanık, (5) mahkeme kaydı, (6) ikrar, (7) mahkemenin bir hususa resen vakıf olması ve (8) karineler. Bunların içindeki tanık delili, dönemi itibarıyla en modern olandı ve gelecek açısından da en önemlisiydi. Kilise görevlileri ve keşişler, kadınlar, cüzamlılar, küçükler ve yabancılar, bir suçtan ya da yalancı tanıklıktan mahkûm olanlar, gayrı sahih nesepliler, serfler ve Yahudiler de dahil olmak üzere tanıklardan pek çoğunun tanıklığı kabul edilmeyebilir ya da sınırlandırılabilirdi. Taraflardan birisinin aile üyeleri ya da hane halkı tanıklıktan azledilirdi. *Procureur*'lar ve avukatlar, temsilci ya da danışman olarak hareket ettikleri esnada öğrendiklerine ilişkin tanıklık yapamazlardı. Tanıklar, yemin altında sözlü olarak tarafların ya da yargıcın sorduğu soruları cevaplarlardı.[85]

Özetle *bailiff* mahkemelerinde yargılama usulü, medeni davalardaki kanon hukukunun aksine yazılı değil, sözlüydü. Ancak daha yüksek bir mahkemeye yani Paris Parlamentosu'na temyiz başvurusu yapılabilmesi için yazılı kayıt tutulurdu.

Yüksek mahkemeyi ilgilendiren ciddi ceza davaları, başlordun yani dükün ya da kontun mahkemesi de dahil olmak üzere lordlar mahkemesinde görülürdü. Ancak ciddi ceza davaları, kral suçun niteliğine, imtiyazın ya da itham edilen kimsenin hizmeti nedeniyle yargı yetkisi tanıdığında, *provost* ya da *bailiff* mahkemelerinde de görülebilirdi. Yargılama mağdurun ya da tanığın yahut da bir başkasının suçlamasıyla başlardı. Görünen o ki, Fransa mahkemelerinde İngiltere'de olduğu gibi ağır suçların toplum tarafından gezici yargıçlara bildirdiği bir sistem yoktu. Nitekim Fransız hukuku, eski Cermen ya da Frank hukukunun aksine hukuk davalarıyla ceza davalarını ayırmış olsa da hukuk davalarındaki *"demande"* usulüne benzer biçimde ceza davalarında itham usulünü sürdürmüştür.

Beaumanoir'e göre *bailiff* mahkemelerinde görülen ana dava türleri; menkul mallara ilişkin uyuşmazlıklar, miras sözleşmeleri, bağışlar, küçüklerin vesayeti, zilyetliğe müdahale ve kişilere karşı suçlardı. Bununla birlikte Beaumanoir'in ele aldığı diğer tür-

---

jurisdique", Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis,* III, (Paris, 1974), chaps. 4-5. Dawson da *Oracles'ın* 282 ilâ 285. sayfalarında, *procureur* ve avukatların Paris Parlamentosundaki işlevlerini tartışır.

[85] Beaumanir, *Coutumes,* II, secs. 1122-1123.

lerdeki pek çok hukuki problem, hukuki ilişki ve işlem vardı. Bunlar aile hukukunun çeşitli boyutları (çeyiz, yeni doğanlar, çocuklar, gayrı meşru çocuklar); miras, bağış, ortaklıklar (ticari ortaklıklar, şirketler, kooperatif ve komünler), nakliye, ağırlık ve ölçüler ve işçilik hizmetleriydi.

Fransız krallık hukuku, İngiliz ve Sicilya krallık hukukları gibi, feodal hukukun mülkiyet ile zilyetlik arasında yaptığı keskin ayrımı olduğu kadar menkul ve gayrimenkul (toprak) arasında yaptığı keskin ayrımı da kabul etmiştir. Bu ayrımlar feodal hukukta gayrimenkul (toprak) üzerindeki hakların yönetim yetkisini de beraberinde getirmesine dayanmaktadır. Buna ek olarak Roma hukukunun da taşınırlar ve taşınmazlar ile mülkiyet ve zilyetlik arasında yaptığı keskin ayrım, hukukçular açısından Roma hukuku terminolojisini feodal ilişkilerde kullanabilmelerini sağladığı için elverişliydi. Ne var ki, bu bir şekilde yanıltıcıydı zira Roma hukukunun taşınır taşınmaz ayrımı arazi ve menkul mallar ayrımı ile aynı olmadığı gibi Roma hukukundaki zilyetlik de Batı feodalizmindeki zilyetlik ile aynı değildi. Batılı hukukçular bununla çok da canlarını sıkmadılar, Roma hukukunu kendilerine uygun hale getirdiler.

Beaumanoir'e göre Fransa'da *bailiff* mahkemeleri -yani kralın bir kontluk, dukalık ya da diğer lordluklardaki mahkemesi- özellikle zilyetlik ve zilyetliğe müdahale ile meşguldü. Bu özelliği Fransa krallık hukukunu, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki diğer Avrupa krallıklarının hukuklarından farklı kılmıyordu. Görece güçlü merkezî hükümdarların bulunduğu her yerde, hükümdarlar yargı yetkilerini feodal lordlardan zilyetliğe yönelik haksız fiillerde yargı yetkisinin kendilerinde olduğunu ileri sürerek almışlardı. Nitekim sonradan 1277'de Fransa kralı *"novel disseisin"* üzerinde yargı yetkisi olduğuna hükmeden bir kararname yayımlamıştı ancak aslında krallık bu yargı yetkisini çok uzun süreden beridir kontlar ve dükler üzerinde uygulamaktaydı.

Beaumanoir'in yoğun biçimde kanon hukukçularının bu alana ilişkin hukuk bilimine dayanan zilyetlik tahlili, hayli sofistikeydi. Beaumanoir, zilyetliğin zor kullanılmasıyla kaybı, hileyle kaybı ve zorla olmayan diğer haksız fiiller sonucunda zilyetliğin kaybı ile zilyetliğin kaybı ile sonuçlanmasa da hakka müdahaleye ilişkin şikayetleri birbirinden ayırmıştır.[86] İngiliz hukuku ve

[86] Ibid., I, secs. 954-988.

kanon hukuku gibi Fransız hukuku da taşınırların zilyetliğini olduğu kadar taşınmazların zilyetliğini de korumuştur; dahası bir adamın toprağının ve toprağa bağlı yönetim haklarına kendisi haçlı seferindeyken bile sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda olduğu gibi zilyetliği fiili olmasa bile korumuştur. İngiliz kraliyet mahkemelerinin aksine Fransız *bailiff* mahkemeleri sözleşmeleri de yargı yetkilerine dahil etmişler sadece anlaşmaları onaylamakla yetinmemişlerdir. Beaumanoir bu yargı yetkisini, kanon hukukçularının ortaya koyduğu ahlaki ilkeye; sözleşmeye riayet edilmesi gerekliliğine, *pacta sunt servanda*'ya dayandırmıştır. "Sözleşmeye riayet edilmelidir" der Beaumanoir "ve eğer sözleşme yazılıysa, kötü niyetle yapılmış olmadıkça, örneğin 100 livre karşılığında bir adamı öldürmek gibi, yasanın üzerindedir".[87] Beaumanoir daha sonra güncel Romano-kanonik hukuk biliminin sözleşmeler hukukuna ilişkin genel olarak kabul ettiği diğer ilkelerini zikrederek devam etmiştir; sözleşme zorla ya da baskıyla yapılmamalıdır, sözleşmenin konusu imkansız, gayrı ahlaki ya da gayrı hukuki olmamalıdır, kumar borcu ve tefecilik sözleşmeleri dava edilemez, sözleşmede belli haklardan açıkça feragat edilebilir (örneğin bir satıcı malının yarısından daha az kazandığına ilişkin şikayet hakkından feragat edebilir). Burada ilginç olan Romano-kanonik hukuk biliminin Beauvais'in ve Fransa'nın diğer bölgelerinin örf ve âdet hukukunun krallık mahkemelerinde uygulanan bir parçası haline gelmesidir.

Ceza hukuku, Fransız örf ve âdet hukukunun hem krallık mahkemelerinde hem de düklerin, kontların ve daha alt düzeydeki lordların mahkemelerinde uygulanan esaslı bir bölümünü oluşturmuştur. Beaumanoir'in en uzun bölümü (114 ayrı maddedir) suçlara ayrılmıştır.[88] Yazar bunları (1) suçlunun mallarının ikamet ettiği yerin lordunun müsaderesi ile birlikte ölümle cezalandırılabilen suçlar; (2) para cezası, müsadere ya da uzun hapis cezası ile cezalandırılabilen suçlar ve (3) sadece para cezası ile

---

[87] Ibid., II, sec. 999. Beaumanor'in *Convenance vaint loi* sözü, Latince bir deyim olan *Conventio vincit legem*'in (sözleşme yasanın üstündedir) tercümesidir ve o dönemde tüm Avrupa'da sık sık kullanıldığı gibi bir yüzyıl önce Galnvill'de de karşılaşılmıştır. "Aksi kararlaştırılmadıkça" tarafların iradesinin, yasanın sözleşmelere ilişkin zorunlu olmayan şartlarını hükümsüz kıldığını ifade etmektedir. Beaumanor'in değerli çalışmasına ilişkin karşıt yorum için bkz. M.E. Tigar-M.R. Levy, *Law and the Rise of Capitalism* (New York, 1977), s. 145.

[88] Beaumanir, *Coutumes,* II, sec. 1000.

cezalandırılan suçlar olarak ayırmıştır. Cinayet, ihanet, vahşice öldürme, tecavüz, kundak, soygun, para basma, hapishaneden kaçma ve cinayete teşebbüs ilk gruba dahildir. Ölüm cezası normalde sürükleme ya da asma suretiyle uygulanırdı ancak dinî sapkınlar yakılır kalpazanlar ise asılmadan önce haşlanırdı. Yalancı tanıklık ikinci grupta yer alan uzun hapis cezasıyla cezalandırılabilen suçlardan birisine örnektir; hapis cezasının süresi yargıcın takdir yetkisine bağlıydı. Yaralama, lordun emrine itaatsizlik, haneye tecavüz gibi suçlar üçüncü gruba dahildir. Köylüler daha az, soylular daha çok para cezası öderdi.

Kamu yararı aleyhine suçlar Beaumanoir'in uzun hapis cezasıyla cezalandırılan suçlar sınıflamasında yer almaktadır. Buna tacirlerin ya da zanaatkarların, kendilerine katılmayanları tehdit ederek fiyat yükseltmek için yaptıkları oyunlar da dahildi. Bu tip komplolar fiyatları belirleme yetkisine sahip lordun yargı yetkisi içindeydi. Yine bu komplolara siyasi amaçlı ayaklanmalar da dahildi. Beaumanoir, böylesi bir komployu yakalayan lordun uzun süreli hapis cezası verebileceğini, komploya katılanların mallarını müsadere edebileceğini ve örgütleyenlerin asılmasına karar verebileceğini belirtmektedir. Beaumanoir, Lombardiya'nın önde gelen kentlerinin Roma İmparatoru'na karşı kurduğu birliği hatırlatır (bahsettiği 1167'de Fredrick Barbarossa'ya karşı örgütlenen Lombardiya Birliği'dir). İsyancılar beş yıl boyunca hazırlanmış, isyan her yerde aynı günde başlamış, imparatorluğun memurları katledilmiş ve isyancılar "kendi kentlerinde işlerine gelen yasa ve gelenekleri oluşturmuştur".

Bir kimse bir suç işlerken yakalanıp tutuklandığında, onu yargılama yetkisi suçun işlendiği yerin lorduna aitti. Eğer suçlu suç işlendikten sonra tutuklanırsa onu yargılama yetkisi ikamet ettiği yerin lorduna aitti. Eğer suç bir kontun, dükün ya da kralın haklarını ihlal etmişse yargılama yetkisi o suç nedeniyle hakları ihlal edilene aitti. Nitekim bir kraliyet memurunun öldürülmesi ya da krala ihanet suçlarında suçlu krallık mahkemesinde yargılanırdı. İngiltere'nin aksine Fransa'da ciddi haksız fiiller (mülke tecavüz) üzerinde bulunmadığı gibi ağır suçlar (cürüm) üzerinde de genel ya da münhasır bir kraliyet yargısı bulunmamaktaydı. Fransız kraliyet ceza yargısı bir şekilde ABD'nin federal hükümetlerinin yargı yetkisine benzetilebilir. Bu yargı yetkisi, pek çoğu, Fransa'yı oluşturan çeşitli yönetimlerce devlete karşı suçlar olarak da yargılanabilen "federal suçlar" için geçerliydi.

On üçüncü yüzyılın sonları ve on dördüncü yüzyılda, özellikle Paris Parlamentosu'nun gelişmeye başladığı ve İngiltere barosunun kurumsallaştığı sırada, Fransa'daki krallık mahkemesinin hukuku İngiltere'deki krallık mahkemesinin hukukundan giderek daha keskin biçimde farklılaşmaya başlamıştır. Nihayetinde bir yüzyıl kadar sonra her iki sistem de kendilerini yirminci yüzyılda da karakterize eden farklı özelliklerini kazanmıştır. Fransız hukuku ağırlıkla yazılı usule dayanırken İngiliz sistemi sözlü usule dayanıyordu; Fransız sistemi hayli eğitimli yüzlerce profesyonel yargıca sahipken İngiliz sistemi daha ziyade lâik hukukçularla lâik sulh yargıçlarına dayanıyordu ve çok az profesyonel yargıç vardı; Fransız sistemi tarafların adli sorgulamasına ve yeminli tanıklara dayanırken İngiliz sistemi ihtilaflı tarafların jüri tarafından karara bağlanan itham ve inkarına dayanıyordu. Maddi hukuka gelince Fransız krallık hukuku daha sistematik, daha bilimsel, daha Romalı, daha kodifiye iken İngiliz krallık hukuku daha parçalı, daha pratik, daha Cermen'di ve içtihat hukukuna (*case law*) daha yatkındı. Fransız krallık hukuku daha fazla konuyu ele almıştı; sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme dahil medeni yükümlülükler, mülkiyet, korporasyonlar, vakıflar, suçlar, kamu hukuku ve milletlerarası hukuk. İngiliz kraliyet hukuku dava türleri ile sınırlıydı; ayni davalar, *novel disseisin* davaları, alacak ve istihkak davaları, mülke tecavüz davaları, ağır suçlar, fermanlar. Yine de İngiliz sistemi on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda hayli esnek ve gelişmekte olan öğreti ve hukuk yollarını bulmayı Şansölye'nin mahkemesine havale etmiştir ki, daha sonra bu *equity* olarak adlandırılmıştır.

Daha sonra beliren bu farklılıklar, on ikinci yüzyıl ile on üçüncü yüzyılın başlarında İngiltere ve Fransa kralları kraliyet hukuku sistemlerini kurarken her iki sistemin pek çok ortak noktası olduğu gerçeğini örtmemelidir. Hatta sonrasında milliyetçi bir hukuk tarih yazımının kabul edeceğinden daha fazla ortak noktaları bulunmaktadır. Örneğin bir Çinliye göre iki sistem arasındaki farklılıklar ortaklıklarına kıyasla küçük görünebilir. Ancak her iki sistemin de oluşum aşamasında her biri, onları daha sonra birbirlerinden ayıracak olan farklı özellikleri kendi içerisinde bir araya getirmiştir. İngilizler şikayetçinin davasının belirtildiği yazılı celp usulüne sahipken Fransızlar sözlü celp ve sözlü yargılama usulüne sahipti. İngiliz sistemi dava açma aşamasında profesyonel temsilcilere (anlatıcılara), dava vekillerine ve hakim-

lere dayanırken Fransız sistemi karar verme aşamasında lâik yargıçlara -davanın taraflarına, jüriye ve diğerlerine- dayanıyordu. Tarafların ve sanıkların yemin altında sorgulanmaları Fransız kraliyet mahkemelerindeki ispat yöntemlerinden sadece birisiydi; diğer yöntemlerden bazılarının benzerleri İngiliz sisteminde de bulunmaktaydı. İngiliz sisteminin herhangi bir duruşma yapılmaksızın olguları peşinen ortaya koymak için ve oybirliğiyle hüküm vermek biçimindeki uygulaması her nasılsa benzersizdi. Ancak Fransız sistemindeki *enquéte par turbe*, jürinin, tanıkları dinlemeden de yerelin geleneklerini bildiğini varsayıyordu ve bazı davalarda, jürinin bir geleneğin uygulanmakta olup olmadığına oybirliğiyle karar vermesi İngilizlerin jüri sistemiyle benzerdi.

Başka benzerlikler de vardı. Hem Fransa'da hem İngiltere'de, Sicilya'da olduğu gibi, kralın (ya da dükün) merkezî yargıcı feodal lordların çok-çeşitli yargıçları ile başarıyla rekabet etmiştir. Kral, daha erken dönemlerde olduğu gibi, bir lord mahkemesindeki hükme ya da yanlış hükme itiraz mercii olmaya devam etmiştir. On ikinci yüzyılın ikinci yarısında bu olağanüstü yola ek olarak, önce İngiltere'de sonra Fransa'da, esas olarak barışın bozulması ile bir toprağın zilyetliğine ilişkin ihtilaflar olmak üzere hayli geniş türde davalar için geçerli olmak üzere bir ilk derece kraliyet yargısı eklenmiştir. Dahası her iki ülkede de kraliyet yargısı feodal yargıdan daha rasyonel, daha profesyonel ve daha objektiftir.

Kraliyet yargısı, pek çok davada yargı kararıyla düelloyu ve tanık beyanıyla beraatı dışarıda bıraktığı için daha rasyoneldi. Aynı zamanda profesyonel eğitim almış yargıçlarca idare edildiği için daha profesyoneldi.

Kraliyet yargısı, iki bakımdan daha objektifti. İlkin yargıçlar, hukuka ve Tanrı'ya sadakat borcu altındaydılar ki bu sadakat borcunun feodal lordlar ve daha alt seviyedeki lordlar bir yana krala olan sadakat borçlarından bile yüce olduğu düşünülüyordu. Bracton'un müthiş sözünde belirttiği gibi; devlet yönetimi insana değil Tanrı'ya ve hukuka bağlıydı; kralı belirleyen hukuktu. Benzer biçimde Beaumanoir de yargıcın lorduna itaat yükünün onun Tanrı'ya itaatsizliğini mazur kılmadığını ve yargıcın eğer "ruhunu yitirmesine" neden olacaksa lordunun doğrudan emirleriyle bile bağlı olmadığını belirtmektedir. Beaumanoir böyle bir durumda Tanrı'ya karşı görevlerine aykırıysa lorduna hizmet

etmeyi bırakması gerektiğini savunmaktadır.[89] Bu ifadeler, Fransız kraliyet yargıçlarının on ikinci ve on üçüncü yüzyılda göreve gelirken ettikleri yemini yansıtmaktadır: "Ülkenin doğru geleneklerine saygı duymak".[90] Yine de bilimsel eserlerde bile böylesi ifadeler kralların ve lordların yazarların kafalarını fütursuzca koparmaları riskini almadan yazılamazdı.

İkincisi, hukukun uygulanmasında tutarlılığın sağlanmasına duyulan ihtiyaç kraliyet mahkemelerindeki yargı kararlarının objektifliğini pekiştirmiştir. Hem Fransız hem de İngiliz kraliyet mahkemeleri benzer davalarda benzer kararların verilmesi ilkesini korumuştur. Bu teknik anlamıyla, davaların düzenli kaydı ve bir davadaki "hüküm" (ki, gelecekteki benzer davalar için bağlayıcıdır) ile "mütalaa" ya da "kanaat" (ki, mahkemece sunulur ama zorunlu olarak hükmü ifade etmedikleri için de gelecekteki benzer davalarda bağlayıcı değildir) arasındaki ayrımın gelişimiyle daha sonra ortaya çıkan içtihat uygulaması değildir. On ikinci yüzyılda, aslında on altıncı ve on yedinci yüzyıllara dek, içtihat öğretisi yoktur. Dahası "örnekle" gerekçelendirme "ilkeyle" gerekçelendirmeden daha az ikna edici bir yöntem olarak değerlendiriliyordu. Yine de on ikinci yüzyılda, yirminci yüzyılda da olduğu gibi benzer davalardan ilkelere ulaşmak, hukuki akıl yürütmenin hâkim biçimlerinden birisiydi. Hem on üçüncü yüzyılda İngiltere'de Bracton hem de on üçüncü yüzyılda Fransa'da Beaumanoir bilimsel çalışmalarını, yargı deneyimiyle geçen ömürleri boyunca aşina oldukları binlerce davayla temellendir-

---

[89] Ibid., II, secs. 823-936. Dawson, geleneksel Fransız ceza hukukunun, medeni yükümlülüklerin (sözleşme ve haksız fiil), ceza usul hukuku ve medeni usul hukukunun yerel karakterinin altını, Fransız krallığının örf ve âdet hukukunun âdeta toprak hukuku, evli kimselerin mülkiyet hakları, miras, bağış ve vasiyetnamelerden oluştuğunu belirterek çizmiştir. Yine de Beaumanoir'in belirttiği gibi ceza hukukunun Beauvais'e özgü olduğu söylenemez. Örneğin ihanete, sapkınlığa ve kalpazanlığa dair yasalar cinayet, kundaklama, soygun ve diğer suçlara ilişkin hükümlerle aynı bağlamda ele alınmıştır. Benzer biçimde Beaumanoir'in açıkladığı sözleşme hukukunu, sadece Beauvais'in yerel geleneği olarak görmek mümkün değildir. Bu daha ziyade Fransa'da kraliyet mahkemeleri de dahil olmak üzere bütün mahkemelerde ilgili davalarda uygulanabilen örf ve âdet hukuku gibi görünmektedir (vazedilmemiş hukuk olma anlamında). Dawson'un analizi, daha sonraki döneme; Fransa'nın çeşitli bölgelerindeki farklı geleneklerin uyumlaştırılması ve yeknesaklaştırılması ihtiyacının ilk kez belirdiği döneme daha uygundur. Bkz. Dawson, "The Codification of the French Customs", *Michigan Law Review,* 38 (1940), 765.

[90] Olivier-Martin, *Histoire,* s. 233.

miştir.[91] Davalara yönelik bu yoğun ilgi, ahlaki bir ilke olan yasa önünde eşitlikle bağlantılıdır ve bu ilke "benzer davalarda benzer kararlar verilmelidir" maksiminin önemini vurgulamaktadır. Nitekim Beaumanoir'e göre, (benzer) bir davanın daha önce hükme bağlandığı bir yerde "yargılama farklı kişiler için yapılıyor olsa bile" mahkemeye sunulmamalı doğrudan emsal karara göre *bailiff* (kralın yargıcı) tarafından hükme bağlanmalıdır. "Zira aynı davada farklı kararlar verilemez".[92]

Bracton ve Beaumanoir'in on üçüncü yüzyıldaki bilimsel eserlerindeki çarpıcı benzerlikler, aralarındaki farklılıklar nedeniyle çağdaş yorumcuların zihinlerinde gölgede kalmıştır. Aynısı on ikinci yüzyılda Glanvill'in bilimsel çalışması ile Glanvill'den hemen sonra Normandiya ve Fransa'da örf ve âdet hukukuna dair yazılan diğer eserler arasındaki çarpıcı benzerlikler için de söz konusudur. İki İngiliz bilimsel eseri, birisinden bahsedildi, (her ne kadar o dönemde "*common law*" ibaresi kullanılmasa da) İngiltere'nin *common law*'una ilişkin ilk bilimsel ifadeleri içermektedir. Yani ikisi de Westminster'daki merkezî kraliyet mahkemelerinde uygulanan kurallar üzerine kuruludur. Bu kurallar, her iki kitabın da başlığı olan "İngiltere Krallığı'nın yasaları ve gele-

---

[91] Bracton, dava kayıtlarından binlercesini derlemiş ve bunlar Maitland'in edite ettiğin Bracton'un *Note Book*'unda (Defter) toplanmıştır. Beaumanoir'a ait benzer bir defter bulunmamıştır; Beaumanoir çalışmasında ismen olmasa da yüzlerce davaya atıfta bulunmuştur. Beaumanoir'in içtihat hukuku (*case law*, Fransızcası *jurisprudence*) şöyle tarif edilmiştir: "[O] kimi zaman bir örf âdet kuralını açıklayarak başlar ve kuralı somutlamak için bir davadan alıntı yapardı. Kimi zamansa da tam tersini: uygulandığını gördüğü bir yargı kararından yola çıkarak, karara esas alınan ilkeyi açıklardı...Yakın dönemde itiraz edilen bir örf ve âdet kuralını doğrulamak için Beaumanoir her zaman tek bir yargı kararına atıfta bulunurdu. Çünkü bir emsal yeterliydi ve kesindi". Hubrecht, "Commentaire", s. 4.

[92] Beaumanoir, sec. 31. Hubrecht'in de desteklediği gibi bu bölümlerin yorumu sadece "aynı" davaya değil benzer davalara atıfta bulunmaktadır. "Commentaire", s. 19. Hubrecht "Böylece *case law* (*jurisprudence* içtihat hukuku) İngiliz hukukuna paralel şartlara uygulanır ve yargıç [davanın taraflarına başvurmadan] doğrudan karar verebilir" diye ekler. Beaumanoir'in bir başka bölümü ilk bakışta yazarın görüşüne ya da tahlil ettiği yasaya aykırı görünebilirdi ama yargı kararlarındaki tutarlılığa büyük değer vermiştir. Söz konusu bölümde (sec. 1880) bir yargıcın eğer benzeri bir davaya iştirak etmişse daha önce verilen kararı, o karar yanlış bile olsa teyit etme şüphesine yol açmamak için davadan çekilmesi gerektiği belirtilmektedir. Daha yakın bir incelemeyle bu bölümde önceki dava ile kastedilenin, yargıcın daha önce bir yargıç değil bir taraf olarak yer aldığı bir dava olduğu anlaşılmaktadır. Sonraki bölüm (sec. 1881), yargıcın benzer bir davada tanık olması halinde de davadan çekilmesi gerektiğini söyleyerek bu yorumu desteklemektedir. Ayrıca bkz. Hubrecht, "Commentaire", s. 4.

nekleri"nden oluşmaktadır. Beaumanoir'in *Customs and Usages of Beauwaisians* adlı eseri ile ondan önceki Fransız ve Norman "âdetleri"nin *(coutumiers)* ise aksine yerel gelenekler üzerine kurulu olduğu ve bir yerden diğerine büyük ölçüde değiştiği söylenebilir. Yine de kraliyet mahkemeleri tarafından kabul edilmiş, düzenlenmiş ve rasyonalize edilmiş haliyle Beauvais'in gelenekleri genelde Fransa'nın diğer bölgelerinin kraliyet mahkemeleri tarafından elenip seçilmiş gelenekleri ile oldukça benzerdir. Zamanaşımı süreleri farklı olabilirdi, mahkemede hazır bulunmama mazeretleri, arazinin devri için uyulması gereken resmî kurallar ve pek çok şey farklı olabilirdi ancak yerellerde ayrıntılardaki farklılaşmaya izin veren sınırlar kraliyet mahkemeleri tarafından konuluyordu. Aslında Beaumaoir'in zamanında bu sınırları Paris'teki yüksek mahkeme belirliyordu. İlaveten Fransa genelinde aynı olan bazı gelenekler vardı ve bunlara açıkça "*common law*" diye atıfta bulunuluyordu. Hepsinin ötesinde genel ilkeler aynıydı.

İngiltere'nin *common law*'unun genellikle örf ve âdet hukuku olduğu söylenir. Bunun ne demek olduğunu anlamak kolay değildir. İngiliz *common law*'u genellikle Clarendon Yasaları'na ve on ikinci yüzyıldaki diğer kraliyet yasalarına dek götürülür; bunlar vazedilmiş yasalardır yani örf ve âdet hukuku değillerdir. Yukarıda kastedilen, şüphesiz, kraliyet yasalarının, anlamlarını örf ve âdetlerden alan kuralların, ilkelerin, standartların ve kavramların kraliyet mahkemelerinde uygulanma usullerini oluşturduğudur. Uygulanacak olan kurallar ve ilkeler ile standartlar ve kavramlar -ağır suçların tanımı, zilyetlik ve zilyetliğin gaspı kavramları- resmî olmayan, yazılı olmayan, vazedilmemiş normlardan ve davranış kalıplarından devşirilmiştir. Bu normlar ve davranış kalıpları insanların zihinlerinde ve topluluğun bilincinde var olurlar. Elbette en genel anlamıyla bütün hukuk nihayetinde gelenek ve âdetlere dayanır.

Birileri "örf ve âdet hukuku" ibaresinin anlamını daha kesin bir biçimde tayin etmek isterse şüphesiz bunun İngiltere'deki kraliyet mahkemelerinde uygulandığında Fransa'daki kraliyet mahkemelerinde uygulandığında olduğundan farklı bir anlama geldiğini keşfedecektir. Yine de benzer bir anlama da gelecektir. Bu benzerliğin pek çok göstergesi mevcuttur. Örneğin hem İngiltere'de hem Fransa'da hukuki zilyetlik kavramı örf ve âdet hukukundan gelmektedir; her iki ülkede de kraliyet mahkemeleri

novel disseisin (nouvelle disseisine) davalarında yetkilidir; her iki ülkede de kral geleneksel zilyetlik kavramını toprağa bağlı tasarruflara ilişkin ihtilaflarda yargı yetkisini feodal lordlardan almak için *novel disseisin* e dair vazedilmiş yasalara iliştirerek kullanmıştır. Elbette farklılıklar da vardır. Ancak benzerlikler her iki ülkede de örf ve âdet hukuku ile kraliyet hukukunun örtüştüğünü ispat etmektedir.[93]

[93] "Fransa ve İngiltere, geç Orta Çağ'a müşterek bir hukuki birikim ve siyasi kurumlarla girmiştir. Modern Fransa'nın bünyesinde sayılabilecek pek çok faaliyet alanı ortak bir egemenin altında İngiltere ile birleşmişti; siyasi kurumlar feodal örgütlenmenin aynı temel biçimleriyle oluşmuştu; özel hukuk büyük ölçüde formüle edilmemiş halk geleneklerinin bileşimiydi, detaylarda dahi dikkat çekici ölçüde benzerdi. On üçüncü yüzyıl kadar erken bir dönemde hükümet ile hukuku ayırma eğilimi görünür hale gelmişti". Dawson, "Codification", s. 765. Profesör Dawson, burada on altıncı yüzyılla on dokuzuncu yüzyıllar arasındaki bakış açısıyla yazmaktadır. Eğer aynı olgular on birinci ve on ikinci yüzyılların bakış açısıyla yazılacak olsaydı son cümle şöyle okunabilirdi: "On üçüncü yüzyıl kadar geç bir dönemde benzerlikler farklılıkları galebe çalmıştı".

14 | *Kraliyet Hukuku: Almanya, İspanya, Flamanya, Macaristan, Danimarka*

Almanya

Almanya'daki krallık hukukunun kökenleri ve gelişiminden bahsedildiğinde Almanya'da Sicilya kralı, İngiltere kralı ya da Fransa kralı ile kastedilen anlamıyla bir kral olmadığı gerçeğiyle karşılaşılacaktır. Münferit, özerk teritoryalar (*Länder*, toprak) üzerinde hâkim dükler, krallar ve diğer prensler vardı ve imparatorluğu bunlar oluşturuyordu. Gerçekte toprak kendi başına krallıktı. Bunlara, beş ana Cermen dükalığı Saksonya, Svabya, Bavyera, Franconia ve Lothringen ile Friesland ve Thuringen; Kuzey İtalya'daki Lombardiya kentleri; Burgonya'daki Frank krallığı; Bohemya'daki Slav krallığı; bir dizi sınır bölgesi (1156'da Avusturya Dükalığı mertebesine yükseltilecek olan Ostmark da dahil) ve çeşitli diğer yönetimler dahildi. 1075 yılında Saksonya ya da Bavyera gibi bir dükalık büyüklük, refah ve güç bakımından Fransa krallığı (o zamanki haliyle) ya da Normandiya Dükalığı yahut İngiltere krallığı ile aşağı yukarı aynıydı. Bütün Cermen İmparatorluğu'nun kralı imparatorluğu oluşturan federasyonun lideri olmanın yanı sıra kendi toprağını da yönetiyordu.

Bu nedenle Almanya'daki krallık hukuku ya bizatihi imparatorun hukuku (imparatorluk hukuku) ya da diğer herhangi bir dükalığın ya da imparatorluğu oluşturan diğer prensliklerin hukuku (prenslik hukuku) olarak ele alınabilir. Aslında on ikinci ve on üçüncü yüzyıllar boyunca imparatorluk hukuku; ki, öncesinde oldukça iptidaiydi, her ne kadar Sicilya, İngiltere ve Fransa'daki krallık hukukunun gelişimiyle örtüşmese de kısa süreliğine kök salmış ve çiçek açmıştı. Öte yandan prenslik hukuku, sadece kök salmakla ve çiçek açmakla kalmamış daha sonrasında da Sicilya, İngiltere ve Fransa krallıklarının hukuklarının Avrupa'nın diğer bölgelerinde yayıldığı gibi yayılmayı sürdürmüştür.

İMPARATORLUK HUKUKU

Charlemagne tarafından kurulan imparatorluk (768-814), başından itibaren çoklu birliklerin; kabilelerin, yerellerin ve lordlukların birleştirildiği evrensel bir idea idi. Teritoryal bir bütün değildi fakat Batı Hıristiyan aleminin dinî birliğini ve İskandinav, Arap, Slav ve Macar saldırılarına karşı askerî birliğini temsil eden imparatorun kişiliğinde bir iktidar alanıydı *-imperum.* Charlemagne'nın bizzat kendisi yasal, idari ve yargısal nitelikte kimi merkezî kontrol mekanizmaları oluşturmuştu ancak bunlar zayıftı. İmparatorluğun hukuki kurumları, imparatorluğa seyrek biçimde dağılmıştı ve derine yerleşmemişti. Bu nedenle Charlemagne'nın imparatorluğu haklı olarak "çelimsiz dev" olarak adlandırılmıştır. Ölümünden sonra imparatorluğu çabucak dağılmış ve yüzyıllar sonra Almanya olarak adlandırılacak topraklarda yaşayan mirasçıları arasında bölüşülmüştür, "imparator" unvanı ise doğu Franklar'a geçmiştir.

Cermen İmparatorluğu, iki yüz yıl boyunca Franklar'ın İmparatorluğu ya da Hıristiyan İmparatorluğu olarak adlandırılmaya devam etmiş, ancak nadiren Roma İmparatorluğu olarak adlandırılmıştır. Daha sonra on birinci yüzyılın başlarında bir sonraki imparator olacak olan seçilmiş varise "Franklar'ın Kralı" yerine "Romalılar'ın Kralı" unvanının verilmesi uygulaması kurumsallaşmıştır; normalde imparatorun ölümünden sonra oğlu, papanın "Roma İmparatoru" tacını kendisine giydirmesi için Roma'ya inerdi. Bu her şeyin ötesinde Frank imparatorlarının Konstantin'deki Roma imparatoru'nun da üzerindeki teokratik iktidar olma iddiasını simgelemekteydi. On ikinci yüzyılda ise imparatorluk ilk defa Roma İmparatorluğu olarak adlandırılmaya başlamıştır. Ne var ki, o zamana kadar kilise üzerinde papalık otoritesi kurulmuştu ve imparatorluğu belirten unvandaki "Roma", onun siyasi ve hukuki birliğini ve seküler alandaki iktidarını simgeliyordu (Ancak on üçüncü yüzyılda imparatorluk "Kutsal Roma İmparatorluğu" olarak adlandırılmış; nihayet on beşinci yüzyılda "Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğu", Cermen Halklarının Kutsal Roma İmparatorluğu olmuştur).

Papalık Devrimi öncesi imparatorluk hukukunun iptidai karakterini anlamak için imparatorluğun bir başkentinin, bürokrasisinin, profesyonel yargısının olmadığı ve hatta mâli bir otoritesinin olmadığı akılda tutulmalıdır. İmparator, imparatorluğu, imparatorluk topraklarında kendisiyle birlikte durmadan hare-

ket eden maiyeti aracılığıyla idare ederdi. Şansölye imparatorun sekreteriydi. Mabeyinci, imparatorun maiyetinin bütçesinden sorumluydu. Kraliyet danışmanları sürekli değildi ve davadan davaya *ad hoc* seçilirdi. Heinrich Mitteis'in söylediği gibi "İmparatorluk sadece belirli bir yerde, kralın kaldığı yerde tam olarak güçlüydü; imparator ancak imparatorluğunun sıklıkla göründüğü yerlerinde saygı görürdü. Bu da insanüstü bir kişisel başarı gerektirirdi ve hükümdarların güçlerini erkenden tüketirdi. Onların erken ölümleri sadece üzücü bir tesadüf değil fakat öğütücü yönetim sisteminin sonucuydu".[1]

Bu, imparatorun maiyetinin hukukundan başka bir hukukun olmadığı anlamına gelmiyordu. Hepsinin ötesinde imparatorluğun yargılama yetkisi mevcuttu; imparator neredeyse orada yerel, kabileye ait ya da feodal örf ve âdet hukukunu uyguladığı ve aynı zamanda İsa'nın temsilcisi ve *imperium christianum*'un başı olarak evrensel adaletin ve merhametin dağıtıcısı olduğu bir mahkeme kurardı. İmparator ister yerel, feodal ya da teritoryal olsun ister dinî (kiliseye ait) herhangi bir mahkemedeki bir davayı huzuruna getirtme (*ius evocandi*) hakkına sahipti. Daha da önemlisi imparator, sanıkların imparatorluğun "yüksek mahkemesi"ne teslim edilmesini aksi halde suçlu ilan edilmelerini emreden imparatorluk "men" fermanları çıkarma yetkisine sahipti. İmparatorluk tarafından men kılınma yetkisi kontluklarda (İngilizce *count,* Latince *comes,* Almanca *Graf*); Karolenj döneminden kalan ve imparator tarafından atandıklarında yerellerde (*localities, Grafschaften*) imparator adına idari ve yargısal görevleri yerine getiren kontlara da tanınmıştı. Ancak ilerleyen yüzyıllarda bunların (kontlukların) imparatorluğa ilişkin nitelikleri büyük ölçüde azalmış ve pek çok bölgede yerel ya da kalıtsal hale gelmiştir.

Ek olarak imparatorun, kilise hukukunun gelişmesinde de esaslı bir etkisi olmuştur ki, o dönemde (Roma döneminde de olduğu gibi) kilise hukuku, imparatorluk hukukunun ana branşlarından birisi olarak değerlendirilmekteydi. Papalık Devrimi'nden evvel baş papazlarla piskoposları (Roma piskoposu dahil) imparatorlar atardı; kilise sinodlarını toplantıya çağırır ve

---

[1] Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittlealters* (Weimar, 1953), s. 155. Alternatif bir çeviri bulunabileceği yer için bkz. Mitteis, *The State in the Middle Ages,* trans. H. F. Orton (Amsterdam, 1975), s. 149.

toplantıya başkanlık ederlerdi. Hatta imparatorlar, arada sırada kilisenin hem teolojik hem de hukuki nitelikteki kanonlarını yürürlüğe sokmuştur.

İmparatorluk hukukunun seküler alandaki güçsüzlüğü, imparatorun uyruklarına vergi salma yetkisinin olmamasında, buna karşılık imparatorluğa dağılmış durumda olan mülklerinin iratlarını artırmak zorunda kalmasında görülebilir. İmparatorun varisi olmayan arazileri müsadere hakkı da çok sınırlıydı. On birinci yüzyılda imparatorlar, *ministeriales* denilen imparatorluk memurlarının sınıfını araziler bağışlayarak yükseltmeyi başarmıştır. Bu memurlar, imparatorluğun mülklerini idare etmek üzere atanırdı ve ayrıca imparatorluğun ordusunda hizmet etmek üzere süvari olarak silahlandırılırlardı. Ancak imparator, varisi olmayan vasallarının (prensler ve diğer asiller) arazilerini müsadere ettiğinde, imparatorun imparatorluk feodal hukukuna göre bunları diğer vasallarına devretmesi gerekiyordu. Bu sözüm ona *Leihezwang* ("zorunlu tımar verme") imparatorluğun feodal hukukunu dükalıkların ve diğer prensliklerin feodal hukuklarından, keza Fransa, İngiltere, Sicilya ve Batı Hıristiyan aleminde ortaya çıkmakta olan diğer seküler iktidarların hukuklarından keskin biçimde ayırmaktadır.

Papalık Devrimi, imparatorluk makamının ve onunla birlikte imparatorluk hukukunun kapsamını ve niteliğini de dikkate değer ölçüde dönüştürmüştür. Bir yandan imparatorun kilise bünyesindeki anayasal rolü büyük ölçüde azaltılmış; sade lâik bir adam haline gelmiştir. Ancak güçlüdür, zira piskoposlara ve başpapazlara dinî yetkilerini bahşeden o olmasa da adı geçenler imparatorun vasalı olarak kalmıştır. İmparatorun imparatorluğu oluşturan çeşitli toprakların yöneticileri karşısındaki anayasal konumu da değişmiştir. Aslında prensler, atama mücadelesinin nihai olarak sonlandırılmasında belirleyici bir rol üstlenmiştir. Prensler, 1122'deki Worms Anlaşması ile sonuçlanan görüşmelerde, papalık elçileri ile imparator arasında arabulucu, Mitteis'in sözleriyle "imparatorluğun haklarının garantörü"[2] olarak meydana çıkmışlardır. On ikinci ve on üçüncü yüzyıldaki, aralarında Hohenstaufen, Wittelbach ve Wettin ailelerinin de bulunduğu pek çok yeni soylu meclisi Papalık Devrimi'nin seyrini belirleyen iç savaşlar esnasında ilk kez öne çıkmıştır. On ikinci yüzyılın or-

[2] Mitteis, *Der Staat*, s. 201.

talarında imparatorluk, yine Mitteis'in sözleriyle "artık kabilelerin topraklarından (*Stammesländer*) değil; imparatorluğun idaresine katılmaları beklenen dükler tarafından yönetilen yeni bir tür teritoryal yapıdan oluşuyordu".[3]

Gerçekten de imparator, seçilebilmek için tümüyle düklere ve imparatorluğun diğer prenslerine bağımlı hale gelmişti. 1077'de prensler Forchheim'da bir meclis (*Reichstag*) toplayarak, Papa VII. Gregorius'un da onayladığı bir karar çıkardılar; buna göre imparator prensler tarafından seçilecekti. 1125'te Mainz'da toplanan Mecliste prenslerden oluşan bir komite, İmparator V. Henry'nin varisi olan Svabya Dükü'nü reddedip, onun yerine Saksonya Dükü Lothar'ı imparator seçerek bu ilkeyi ilk kez hayata geçirdiler. 1138'de Lothar'ın ölümünden sonra, prensler imparatorun varisini es geçerek Lothar'ın rakibini, Svabyalı Condrad'ı seçtiler. 1152'de ise bu sefer Condrad'ın oğlundan vazgeçerek yeğeni Frederick'i (Frederick Barbarossa) seçtiler. On ikinci yüzyılın sonlarında artık imparatorların prenslerden oluşan ve Mainz, Köln ve Trier başpiskoposu ile Rhineland Kontu'nun üstün bir konumda olduğu bir seçim komisyonu tarafından seçilmesi kurumsallaşmıştı.

Ayrıca imparatorun, önemli temel kararlar alınacağı zaman "imparatorluğun prensleri"ni çağırması gerekiyordu. Eski imparatorluk, imparatorluk ailelerinden ve düklerin kabilelerinden (*Stammesherzogtümer, "stem-duchies"*) oluşuyordu. Yeni imparatorluk ise imparatorun kendi teritoryal toprakları (Svabya ya da Saksonya ya da diğerleri) ile imparatorluk prenslerinin yönettiği topraklardan (*Länder, Reichsfürsten)* oluşuyordu ki, bunlar aşama aşama kabile dükalığı niteliklerinin çoğunu kaybederek başlıca teritoryal yönetimler haline gelmişlerdir.[4]

Yeni imparatorluk yeni politik ve hukuki kurumlar geliştirmiştir. İmparatorluk iktidarının sekülerleşmesi, imparatoru, daha az ölçüde kilise personeline dayanan ve din işleriyle daha az meşgul olan bir devlet memurluğu sistemini geliştirmeye sevk etmiştir. Seküler meseleler, özellikle tam da Papalık Devrimi'nin şartları bakımından imparatorun üstün yargı yetkisinde kalan barışın ve adaletin tesisi, giderek artan bir önem kazanmıştır. Batı Hıristiyan aleminin "dinî" ve "dünyevi" ayrımı ve papalığa

---

[3] Ibid.

[4] Ibid.

bağlı dinî alanın hukuki niteliğine yapılan vurgu ile birlikte çizilen bu alanların arasına çizilen hukuki sınır; buna cevaben imparatora bağlı seküler alanın hukuki niteliğine vurgu yapılmasını kaçınılmaz kılmıştır. İmparator kendi yönetimini güçlendirmenin ve şiddeti denetlemenin yeni biçimlerini bulmuştur. Bu yeni biçimler Sicilya, İngiltere ve Fransa'daki ile aynı çapta olmasa da devlet idaresinin modern anlamını kazanmasına yönelik dönüşümü yansıtmaktadır.

İmparator, imparatorluktaki en üstün yargıç konumunu muhafaza etmiş ve yasallaştırmıştır. İmparator kent mahkemeleri kadar prenslerin ve asillerin mahkemelerinden kendisine gelen hükümlerin temyiz makamıydı. Böylesi davalarda usul geleneksel Cermen grup muhakemesi usulüydü. İmparator yargıçlarla birlikte oturur ve davayı yönetirdi; kararı bildiren yargıçlar genellikle imparatorun saraylarından gelirdi. Feodal hukuku (*Lehnrecht*) ilgilendiren davalarda yargıçlar, davalıyla eşit statüdeki asiller (aynı sınıfa ait) arasından seçilmek zorundaydı; yerel hukuku ilgilendiren (*Landrecht*) davalarda yargıçlar, davalıyla aynı memleketten (hemşeriler, *Stammesgenossen*) seçilirdi. Her iki usul de Saksonya ve Bavyera Dükü Aslan Henry'ye (Henry the Lion) karşı 1179-80'de yürütülen yargılamalarda dramatik biçimde uygulanmıştır. Henry'nin düşmanları onu, imparatora ihanet de dahil olmak üzere pek çok suçla itham etmiştir. Henry *Landrecht*'i ihlal ettiği gerekçesiyle Svabyalı yargıçlardan oluşan bir mahkemede (çünkü kendisi Svabyalı'dır) yargılanmış ve mahkeme emrine itaatsizlikten cezalandırılmıştır. Henry, imparator Frederick Barbarossa tarafından da imparatora bağlı bir lord olarak feodal yükümlülüklerini yerine getirmemekle itham edilmiş ve *Lehnrecht*'e göre kendisiyle aynı statüde olanlar tarafından; imparatorluğun prensleri, yargılanmıştır. Mahkemenin emrine itaatsizliğin cezası yasal haklarından mahrumiyetti ancak bu ceza sürekli değildi. Nitekim İngiltere'de birkaç yıllık bir sürgünden sonra Henry'nin Braunshweig'deki kalesine dönmesine ve feodal mülklerinden bir kısmını geri almasına izin verildi. Öte yandan feodal yükümlülüklerini yerine getirmemesinin cezası daha sertti: Bavyera ve Saksonya dükalıkları da dahil olmak üzere *fief*lerinin daimî müsaderesi. Bunlar, zorunlu tımar yasalarına göre imparatora devredilmiş, Bavyera Wittelbach meclisine ihsan edil-

miş ve Saksonya iki prensliğe bölünmüştü. Böylece Welf ailesinin Henry'ye ait olan teritoryal iktidarının sonu gelmişti.[5]

İmparator ayrıca soyluları hem seküler hem de kilise mensubu baş-kiracı olan büyük prenslikleri, şövalyeleri ve imparatorluk kentlerinin temsilcilerini arada toplanan danışma meclisine çağırma hakkına sahipti. On üçüncü yüzyılda düzenli hale gelen bu "imparatorluk toplantı günleri" ya da "oturumlar" [*diet*, Latince dies, "day" gün; Almanca *Tag, Reichtag*] çağdaş İngiliz parlamento toplantılarının benzeridir. Bu toplantılar, meclislerin en üstün iktidardan zorla aldıkları imtiyazlar karşılığında, imparatorun kilise, feodal ve kent *magnate*'lerinin -"eyaletlerin"- krallık yasalarına rıza göstermelerini güvence altına alma araçlarından birisiydi. Mitteis, on üçüncü, on dördüncü ve on beşinci yüzyılların İngiliz parlamentolarının aksine Cermen meclislerinin bir bütün olarak krallığı temsil etme iddiasında olmadıklarını (*communitas regni*), daha ziyade her prensin kendi prensliğini ya da en fazla kendi sınıfını temsil ettiğini düşündüğünü belirtmektedir.[6] Aynı zamanda Cermen imparatoru, *Reichstag* üzerinde İngiliz kralının parlamento üzerinde sahip olduğundan daha az yetkiye sahipti. Her iki durumda da soyluların periyodik toplantıları gücün çeşitli toplumsal tabakalar ve yönetimler arasında bölündüğü siyasi bir yapıyı simgelemekteydi: yüksek soylular, daha alttaki soylular, ruhbanlar, tacirler, zanaatkârlar. Oturumlar yahut meclis, monarkla toplumsal tabakalar arasındaki ilişkilerin ifadesiydi ve Batı anayasa hukukunun oluşum dönemindeki belirleyici özelliklerinden birisini oluşturuyordu.

On ikinci ve on üçüncü yüzyılların imparatorları, vekalet sistemini genişleterek ve pekiştirerek iratlarının çoğunu topladıkları imparatorluk gayrimenkulleri üzerindeki yönetimlerini güçlendirmiştir. Bu vekiller, daha çok imparatorluğun memurları, daha az feodal vasal haline gelmişlerdir. Ne var ki, on ikinci yüzyılda Avrupa'nın diğer büyük krallıkları ile Roma Kilisesi'ne olduğu kadar kimi Cermen prensliklerine de devlet olma karakterini veren bakanlık yapılanması -özellikle hazine, adalet ve şansölyelik- eksikti. Kuşkusuz bir imparatorluk şansölyesi vardı

---

[5] Bkz. Peter Munz, *Frederick Barbarossa: A Study in Medieval Politics* (London, 1969), ss. 250-251. Bir şekilde farklı bir versiyonu için bkz. Carl Erdmann, "Der Prozess Heinrichs des Löwen" in Theodor Mayer, ed., *Kaisertum und Herzogsgewalt* im Zeitalter Friedrichs I (Leipzig, 1944), ss. 348-353.

[6] Miteis, *State*, s. 335.

ancak bu, imparatorluk maiyetinin bütün görevlilerini ihtiva ediyordu ve bir eşgüdüm kurumu gibi çalışmıyordu. Mitteis'in söylediği gibi imparatorluk hem Cermen toprakları hem de İngiltere, Fransa ve Sicilya ile karşılaştırıldığında modern bir kraliyet bürokrasisi yaratmakta başarılı olamamıştı. İmparatorluk şansölyesi geride kalmıştı, "Almanya uzaktan dahi İngiltere'ninkine denk bir mâli yönetime sahip değildi" ve profesyonel, merkezî bir imparatorluk yargısı yoktu.[7]

Yine de on birinci yüzyılın sonları, on ikinci yüzyıl ve on üçüncü yüzyılın başlarındaki Cermen imparatorlarının, Papalık Devrimi'nin ardından Batı Hıristiyan alemini alt üst eden hukuk-yaratma girişimine etkin biçimde katılmadığını varsaymak bir hata olacaktır. Bunu esas olarak imparatorluk toplantılarında genellikle "barış yasası" (*constitutio* pacis) adıyla yayımlanan ancak "arazi barışı" ya da "teritoryal barış" (*pax terrae, Landfriede*) olarak da adlandırılan yasama tedbirleri aracılığıyla yapmışlardır. Bu tedbirler yeni yasaları içerirdi, imparator tarafından ilan edilirdi ve Cermenlerin modern anlamıyla imparatorluk yasamasının ilk örneğiydi. Pek çok bilim insanı, imparatorluk otoritesinin etkisiz olduğu ve bu yasaları uygulayacak yeterli adli ve idari mekanizmadan yoksun olduğu gerekçesiyle bu barış yasalarının bir yasama faaliyeti olarak önemini hafife almıştır. Elbette imparatorluk iktidarının zirvede olduğu on ikinci yüzyılın sonunda bile görece zayıf olduğu ve hızla gerilediği ve neredeyse dağıldığı doğrudur. Bununla birlikte 1150'den sonra çıkarılan ve aslında imparatorluk düzeyinde uygulanan barış yasaları daha fazla yeni yasa içeriyordu. Daha da önemlisi dükalıkların ve diğer prensliklerin teritoryal hukuklarına ve aynı zamanda da kentlerin hukukuna nüfuz eden daha çok yeni yasa ihtiva ediyordu.

İmparatorluk barış yasalarından sorumlu olan imparator, diğerlerinden de daha çok, Frederick Barbarossa (1152-1190) idi.

Frederick Barbarossa'nın Kişiliği ve Vizyonu. 1152'de Frederick yirmi sekiz yaşındayken Cermen prenslerinden ve piskoposlarından oluşan bir meclis tarafından "Romalılar'ın Kralı" seçildi. II. Roger (1112-1154) hâlâ Sicilya tahtındaydı ve II. Henry (1154-1189) yakında Normandiya Dükü ve İngiltere Kralı olacaktı. Frederick'in hükümranlığı sırasında ise Philip Augustus (1180-1223)

[7] Ibid., pp. 225-233, 310. Ayrıca bkz. Albert Brackmann, "Die Wandlung der Staatsanschauungen im Zeitalter Kaiser Fredrichs I", *Historische Zeitchrift* 145 (1932).

Fransa kralı olmuştu. Bu kralların her biri teritoryal devletlerin merkezîleşmesinin mimarlarıydı. Hepsinin de farklı köyler, kasabalar, kentler, farklı kabileler, farklı prenslikler ve ruhbanlar da dahil olmak üzere farklı tabakalar üzerinde güçlü bir siyasi ve hukuki otorite ile kendi topraklarında hakimiyetlerini kurmalarını sağlayan ortak kişisel özellikleri vardı. Frederick'in kişiliği belki özellikle II. Henry ile karşılaştırılabilir. Bu 1165'te ikisinin gelecekte bir haçlı seferinde güçlerini birleştirmeyi tartışmalarında açığa çıkmaktadır. Bu plan hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

Henry gibi Frederick de açıkça tükenmeyen bir enerjiye sahipti ve zindeydi. İmparatorluğunu otuz sekiz yıl boyunca sabit bir meskeni olmaksızın, kaleden kaleye şehirden şehire sürekli hareket ederek, tabiri caizse, eyer üstünde yönetti. Nasıl Henry otoritesine yönelen gerçek ya da potansiyel tehditleri bastırmak için İngiltere, İrlanda, İskoçya, Galler, Normandiya, Anjou, Aquitaine, Poitou ve imparatorluğunun diğer bölgelerinde durmadan seyahat etmek zorunda idiyse, Frederick de aynısını Burgonya, Kuzey İtalya ve Almanya'daki pek çok yerde yapmak zorundaydı. On ikinci yüzyılda başarılı bir hükümdar olmak güçlü bir fiziki yapıyı gerektiriyordu. Dahası, bildiğinden şaşmamayı ve neredeyse vahşi bir iradeyi gerektiriyordu. Bu niteliklerden yoksun hükümdarlara boyun eğdirilmişti ve toprakları yutulmuştu.

Her ne kadar fethetmeden diğer amaçlarını gerçekleştiremeyecek olsa da Frederick'in amacı sadece fethetmek değildi. Bu aslında hukuka dayanan iyi düzenlenmiş bir devletin inşasıydı. Elbette bu gayesi fetihle ilişkisiz değildi, zira hukukla yönetmek cebirle yönetmekten daha etkiliydi: Eğer birisinin yargıçlarına itaat ediliyorsa ordusunu takdim etmesi gerekli değildir. Hukuk devletin gelirleriyle de yakından ilişkiliydi: Davacılar, Avrupa'nın ortaya çıkmakta olan teritoryal hükümdarlarının hazinesine yüksek ücretler ödüyorlardı. Nihayet hukuk kendi içinde bir amaçtı da: Barışı korumak ve adaleti tesis etmek kraliyet otoritesinin iki ana gerekçesiydi, meşruiyetinin iki ana kaynağıydı ve bunun ötesinde "monark"ın bugünün diliyle başarısının, on ikinci yüzyıldaki söylenişiyle "kurtuluşunun" iki esas ölçütüydü. On ikinci yüzyılın Avrupalı kralları ve bilhassa imparator, kuşkusuz, artık onuncu ve on birinci yüzyıldaki atalarının olduğu gibi kutsal hükümdarlar değillerdi. Ancak yine de "Tanrı'nın lütfuyla" yönetiyorlardı ve dahası (diğerlerince de kabul edilen) önemli dinî niteliklerinin ve işlevlerinin olduğunu iddia ediyorlardı. Frederick, haçlı seferindeyken Küçük Asya'da öldü.

Frederick'in çağdaşları onu güçlü kişilikli, kışkırtıcı görünüşlü, iyi bir fiziği ve kızıl sakalları olan, hitabeti düzgün, hayli zeki, arzuları ve duyguları ılımlı, kiliseye sadık ve dindar, genel olarak toplumunun ona dayattığı geleneksel sosyal sınırlar içinde hareket etmeyi tercih eden -ancak çağdaşlarını değilse de modern okuru dehşete düşürecek denli öfkeli ve acımasız- bir adam olarak tarif etmektedir. Onun yaratıcı ve sert yönetimi ve Kuzey İtalya kentlerini imparatorluğuna tabi kılma düşü itidalli olduğuna dair ününü yalanlamaktadır. Nitekim Milan'ın Frederick'in ordusu tarafından 1162'de toptan ve sistematik yıkımı itidalin bir örneği sayılamaz.

Frederick'in Cermen tahtına seçilmesi, her ikisi de kalıtımsal ve siyasi olarak yönetme iddiasında bulunan Welf ve Staufen ailelerinin uzlaşmalarının sonucuydu. Frederick baba tarafından İmparator III. Condrad'ın (1137-1152) yeğeniydi, bir Staufen'di; öte yandan anne tarafından ise VI. Welf'in yeğeni ve Aslan Henry'nin kuzeniydi. Onun görevi Almanya'da büyük bir kargaşa döneminden sonra istikrarı sağlamaktı -ki sağlamıştır. Çocukluğuna ve eğitimine ilişkin neredeyse hiçbir şey bilinmemesine rağmen, muhtemelen kral olmak üzere yetiştirilmediği varsayılabilir. Bununla birlikte idarenin dizginlerini ele almaktaki hızı, dikkate değer bir yönetme becerisini de açığa çıkarmıştır. Bir hakem olarak ünü hızla yayılmış ve pek çokları adalet arayışında ona başvurmuştur. Seçildikten sonraki ilk aylarda Frederick, şiddet suçlarında ve zilyetliğe ilişkin ihtilaflarda krallık yargısının yetkili olduğunu iddia eden ilk barış yasasını çıkarmış; takip eden yılda da papalıkla kendisinin imparator olarak taç giyeceğine ve dış politikaya dair meselelere dair bir anlaşma yapmıştır. 1155'te ise bizzat dikkatlice kontrol ettiği ve papalığın siyasi iktidarından bağımsızlığını simgeleyen bir törenle Roma'da imparator tacını giymiştir.

Frederick, hukukun kendi otoritesini, üstelik sadece papalığa karşı değil Almanya'daki teritoryal hükümdarlara, (bir kısmını bizzat kurduğu) Alman kentlerine, Lombardiya kentlerine ve hakimiyet alanındaki feodal lordlara karşı da devam ettirmesinde önemli bir rol oynayabileceğini çok erken fark etmişti. Roma'ya taç giymek için yaptığı ilk seyahati esnasında, 1155'te, Frederick, on binlerce öğrencisi çoktan Avrupa'daki idari görevlerde çalışmak üzere yetiştirilmiş olan Bologna hukuk okulundaki profesörlerle ("doktor"larla) karşılaşmıştı. Birkaç yıl sonra,

1158'de Frederick, Roncaglio Meclisi'nde yasa yapmak üzere Bolognalı hukukçuların en büyüklerine -"dört doktor"a, Martinus, Bulgarus, Jacobus ve Hugo- bel bağlamıştır.

Frederick'in hukuka ilgisi çıkarlarından bağımsız değildi. Hukukun hem uçsuz bucaksız imparatorluğunun istikrarını sürdürmenin bir aracı olduğunu hem de bir imparator olarak iktidarını pekiştirmenin bir aracı olduğunu düşünüyordu. Bu nedenle çeşitli bölgelerin çeşitli geleneklerini sürdürmenin ve aynı zamanda merkezî otoriteyi genişletecek yeni yasaları yapmanın yollarını araştırdı. Özellikle ilk amacıyla -istikrarın devamı- ilişkili olarak pek çok barış yasası yayımladı. Özellikle ikinci amacı ile ilişkili olarak da -imparatorluğun yetki ve iktidarını artırmak- krallığın yetkilerine (*regalia* denilen), idari memurların kraliyet denetiminde olmasına, vergilere ve genel olarak feodal hukuka ilişkin çeşitli başka yasalar da yayımladı.

Frederick'in dört hukukçuyu (doktoru) seçmesi onun hukuka olan yaklaşımına dair bir ipucu vermektedir. Frederick onlardan Lombardiya'nın eski yasalarına göre imparatorun hanesine kaydedilebilecek bütün hakların bir listesini yapmalarını istemiştir. Zira bu yasalar bağımsız kentlerin doğuşundan önce de mevcuttur. Hukukçular da ihtiyatla böylesi bir listeyi bütün şehirlerin yargıçlarına danışmadan veremeyeceklerini söylemiştir. Bunun üzerine Frederick, her büyük şehirden iki yargıçtan oluşan bir komisyon kurmuştur. Sonuç Roncaglia'da imparatorluğun yetkilerinin sıralandığı (tanımlandığı) bir yasanın yayımlanması olmuştur. Buna göre; (1) Kamuya ait yollardan, gemilere uygun nehirlerden, liman ve geçiş ücretlerinden balık havuzu ve tuz yataklarından, para basma, para değişimi ve para cezalarından ve tazminatlardan, sahipsiz mülklerden, aşağılık kimselerden hukuka uygun olarak alınan haraçlardan, ensest evlilik yapan, lanetlenen ya da kanun dışı ilan edilen veya ihanet suçunu işleyen kimselerin mallarından, takım halinde, at arabasıyla ya da sandallarla amelelikten doğan hizmetlerden, askerî harcamalara yapılan katkılardan ve sahipsiz definelerden doğan gelirler ve bunlar üzerindeki yargı yetkisi, (2) Adaleti tesis edecek *magistrate*'lerin atanması, (3) Belli şehirlerdeki sarayların korunması yetkisi imparatordaydı.

1158'de Roncaglia'da kabul edilen yasaya göre "Bütün yargı yetkisi ve yargı gücü hükümdara aittir ve bütün yargıçlar hükümdardan gelen görevi kabul etmeli ve yasanın gerektirdiği

yemini etmelidir". Üçüncü bir yasa hükümdarın istediği her yerde saraylarının ve mahkemelerinin olabileceğini öngörmekteydi. Dördüncü ve son yasa ise özel ayakbastı (kelle) vergileri ile arazi vergilerini düzenlemekteydi.

Her ne kadar dört yasa da Roma hukukuna atıfta bulunsa da ve her ne kadar Roncaglia'da çıkarılan diğer yasalarda Roma hukukunun izlerine daha fazla rastlansa da aslında spesifik kraliyet ve imparatorluk yasalarını listeleme fikri on birinci yüzyıldan evvel anlaşıldığı biçimiyle Iustinianus'un yasalarına tümüyle yabancıydı. "*Regalia*" sözcüğünün doğumuna sebep olan bizatihi Papalık Devrimi'ydi.[8] Dahası Roncaglia yasalarının ruhu -yani imparatorun belirli ticari, adli ve diğer durum ve faaliyetlerden gelir elde etme hakkı ve "yargı yetkisi ve yargılama hakkı", yüksek yargı olması (*bannus*) kökeninde tümüyle Cermen ve Frank'tı ve itici gücü Papalık Devrimi'ydi. Frederick, imparatorluk yetkilerini meşrulaştıran iddialarında Roma hukukunun dilini kullanarak kendi zamanının ve kültürünün adamı olduğunu göstermişti.[9]

Frederick'in Roncaglia'daki politikasının belki de en sıra dışı yanı onun beyhudeliğiydi. Zira imparatorluk güçlü, teritoryal bir devlet olacak durumda değildi; çok büyüktü, çok parçalıydı, teşkilatlanmamıştı ve gerekli bürokrasiyi oluşturamamıştı. Yine de Frederick, imparatorluğu güçlü ve merkezî hale getirmeye çalıştı; kısmen askerî harekatla ama bunun amaca uygun olmadığı ortaya çıktı, kısmen birliklerini özgür olmayan yöneticilere, elçilere; vasallardan imparatorluk memurlarına dönüştürerek ki, bunun da daha büyük amacı gerçekleştirmeye uygun olmadığı ortaya çıktı[10] ve kısmen de yasa yaparak. Nitekim vergilere ilişkin Roncaglia yasaları yasanın gücüne duyulan yanlış inancın iyi bir örneğidir. Etkin bir mâli yönetimin yokluğunda Frederick ilan ettiği vergilerin neredeyse hiçbirisini toplayamamıştır.

---

[8] 1111'de Papa II. Pascal'ın İmtiyazı kentlerle, dükalıklarla, uç beylikleriyle, kontluklarla, madeni paralarla, geçiş ücretleriyle, pazarlarla, imparatorluğun ve kilisenin himayesiyle, *hundred* mahkemeleriyle ve başka bazıları ile ilişkili imparatorluk yetkilerini *regalia* olarak listelemiştir. Hermann Condrad, *Deutche Rechtsgeschichte*, 2nd ed. (Karlsrue, 1962), I, 369-376.

[9] Heinrich Appelt, "Friedrich Barbarossa und das römische Recht", *Römische historische Mitteilungen*, 5 (1961-62), 18-34; H. Koeppler, "Friedrich Barbarossa and the Schoolls of Bologna", *English Historical Review*, 54 (1939), 577-607.

[10] Munz, *Barbarossa*, ss. 122-124.

Öte yandan Frederick başarısız değildi. İmparatorluk, aslında, onun himayesindeyken ciddi anlamda yükselmiş ve onun tasavvur ettiği gibi teritoryal bir devlet olmanın kimi özelliklerini kazanmıştı. Ayrıca onun vizyonunun başka, çok daha önemli boyutları tam anlamıyla gerçekleştirilmişti. Frederick, sadece imparatorluğun dar anlamıyla imparatorluğun geleceğiyle değil fakat aynı zamanda imparatorluğun çekirdeğini oluşturan Cermen topraklarının geleceğiyle de ilgileniyordu. Frederick, bu kurucu Cermen topraklarının politik ve hukuki kimliğinin ve bütünlüğünün gelişimini tahayyül etmiş ve teşvik etmişti. Bu topraklar arasındaki barışı korumak Frederick'in başlıca amaçlarından birisiydi ve başarılı olmuştu. Gerçekten de onun imparatorluk hukukunun pek çok hükmü, özellikle de barış yasaları ortaya çıkmakta olan Cermen teritoryal hukuk sistemlerine geçmişti. Bu, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki Cermen siyasi ve hukuki gelişiminin diğer yanıydı: Prenslikler bir açıdan imparatorluğu aşan modern devletler ya da modern devletlerin ilk örnekleri haline gelmişti.

Burada yine Barbarossa'nın kişiliği ve vizyonu önemli bir rol oynamıştır. Hükümranlığının başlarında Avusturya, Würzburg ve Burgonya'yı imparatora yalnızca gevşek feodal bağlarla bağlı, ayrı, özerk yönetimler olarak kurdu. Daha sonra Bavyera'da yeni bir hanedan kurdu ve bu dükalığın da kendi siyasi ve hukuki kurumlarını oluşturmasını destekledi. Cermen kentlerinin özerkliğini de teşvik etti.

Nihayet, 1180'de Frederick prenslikleri imparatorlukla, bir imparatorluk prenslikleri "düzeni" (*Reichsfürtenstand*) yaratarak yeni bir anayasal ilişki ile bağladı. Önde gelen prensler ve piskoposlar, impratorun baş-kiracıları olarak dünyevi ve dinî bir örgütlenme oluşturdular; birlikleri aracılığıyla imparatorla ilişkileri güçlendirildi ve aynı zamanda imparatorun kendi topraklarındaki yegâne kiracıları olmaları sayesinde (yine kendi) tebaalarıyla ve süzeren lord olarak vasalları ile ilişkileri de güçlendirildi. Böylece prensler, daha önce *topraklarındaki* prenslerken *topraklarının* prensi haline geldiler.[11]

---

[11] Bkz. Günther Schmidt, *Das Würzburgische Herzogtum und die Gräfen und Herren von Ostfranken vom 11. bis zum 17. Jahrhundert*, Quellen und Studien zur Verfassungsgeschihte des deutches Reiches im Mittelalter un Neuzeit, vol. 2 (Weimar, 1913), ss. 1-52. Schmidt, bunun bir çıplak güç ya da dükalıkta büyük genişlikte arazi sahibi olma sorunu olmadığını aksine Almanya'nın ortaya çıkmakta olan te-

İmparatorun, imparatorluğun prensliklerinde prenslerin otoritesini korumadaki çıkarının çarpıcı bir örneği 1156'da Avusturya Dükalığı'nı kurmasıdır. Frederick, Avusturya'nın statüsünü, özerk bir dükalık olan Bavyera'nın uç beyliği olmaktan (*Ostmark* veya Doğu Marches) iktidarın hem kadın hem erkek tarafından kalıtsal olduğu bir dükalık statüsüne yükseltmiştir. Dükün sadece Bavyera'daki meclis toplantılarına katılması ve komşu ülkelerde askerî hizmette bulunması gerekiyordu, bunun dışında imparatora karşı bir yükümlülüğü yoktu. En önemlisi dükalığı kuran 1160 tarihli berata, *Privilegium Minus*'a göre hiç kimse dükten izin almadan dükalıkta adalet dağıtma hakkına sahip değildi. Böylece hükümdar, bir feodal lord yahut kabile şefi olması dikkate alınmaksızın kendi topraklarındaki mahkemeler üzerinde o toprakların yöneticisi olduğu için nihai denetimi elinde bulunduracaktı. Benzer biçimde 1168'de imparator Würzburg Dükalığı'nı yaratan bir "Berat" çıkardı. Würzburg piskoposu dük olarak, daha önce geleneksel imparatorluk lütfuyla yerel lordların elinde bulunan meselelerde de "adaleti tesis etme ve yargılama yetkisi"ni eline almıştır. Yeni dükalıkta rakip hiçbir yargı yetkisi iddiası olamayacaktı. Bir dereceye kadar bu Würzburg piskoposunun önceden de mevcut olan yetkilerinin onaylanmasıydı ancak aynı zamanda dükalık iktidarı görevinin ve teorisinin imparatorluk tarafından tanınmasını da berata eklemişti. Her şeyden evvel yönetme iktidarı postülasına -daha sonra adlandırılacağı üzere egemenlik- dayanan bu teori, hüküm verme üzerinde temellendirilmişti. Bu postüla, oluşum aşamasındaki Batı hukuk geleneğinin tam merkezindeydi.

Cermen topraklarında ve imparatorlukta yeni düzenin temellerini döşerken Frederick Barbarossa'ya sadece politik vizyonu değil dinî vizyonu da yol göstermiştir. Onun amacı *reformatio totius orbis*'ti (bütün dünyayı yeniden düzenlemek).[12] Amcası, yaşam öyküsünün yazarı ve yakın danışmanı Freising Piskoposu Otto, Papa VII. Gregorius'un reformlarını yeni bir tarihsel dönemin başlangıcı, bir yandan haçlı seferi idealinin; öte yandan inzi-

---

ritoryal devletlerini karakterize eden adaleti tesis etme becerisi olduğunu söylemektedir. Avusturya hakkında bkz. Heinrich Appelt, *Privilegium Minus: Das staufische Kaisertum und die Babenberger in Österreich* (Vienna, 1973). Ayrıca bkz. E. E. Stengel, "Land- und lehnrechtliche Grundlagen des Reichfürstenstandes" *Abhandlungen und Untersuchungen zur mittlealterlichen Geschichte* (Cologne, 1960) içinde.

[12] Bkz. Walter Ullmann, "The Pontiificate of Adrian IV", *Cambridge Historical Journal,* 11 (1955), 243.

va ve tefekkür idealinin zaferinin öncüsü olarak resmeden evrensel bir tarih yazmıştır. Bu ikili zaferi, kendisinden sonra Kıyamet günü, sonra Deccal'in ve nihayet ebediliğin tarih sonrası çağının geleceği sonuncu imparator kazanacaktı. Peter Munz'un söylediği gibi "Frederick'in gayet iyi bildiği eski kehanetin, kendisinin son imparator olacağına dair inancını doğruladığı sonucuna ulaşmaktan kaçamayız".[13] Bu Frederick'in Kudüs'ü ve Kutsal Toprakları inançsızların elinden kurtarmak için bir haçlı seferi düzenleme arzusunu güçlendiren karakterinin muhayyilesiydi. Kudüs'ü ve Kutsal Toprakları kurtarmak apokaliptik dramanın asli parçasıydı. Frederick'in hukuk aracılığıyla barışın ve adaletin tesisine duyduğu güçlü inancı da karakterinin tasavvurudur. İmparatorun barışı koruma ve adaleti sağlama görevi Tanrı'nın onu ilahi kurtuluş planını gerçekleştirmek için onu atamasının işaretiydi. Papa VII. Gregorius'un başlattığı yeni çağda hukuk, seküler yöneticilerin barışın ve adaletin tesisi için başvurabilecekleri en elverişli temel araçtı. Nihayet yeni bir haçlı seferi başlatmak için gereken zamana, enerjiye ve kaynaklara sahip olabilmek için imparatorluğun ilişkilerini düzenlemek pratik bir zorunluluktu:

> Bütün hayatı boyunca Frederick, Hıristiyan aleminin imparatorunun nihai ve en zorlu görevinin kiliseyi korumak ve Filistin'deki kutsal yerleri savunmak olduğunun farkındaydı. İmparatorluğun bu siyaset-ötesi sonuna olan inancı, onun bir politikadan diğerine geçmesini sağlayan tarafsızlığı ve her bir politik girişimini salt deneyim, amaca giden araç olarak görmesini sağlamıştır. 1187'nin sonlarına doğru, yeni bir haçlı seferinin olağanüstü aciliyetini fark ettiğinde kendisini şanslı addetmiş olmalıydı zira başarılı olduğu son deneyimi ona göre kutsal diyara yola çıkış düşüncesinin kabulüydü. Yaşı ve en iyi zamanlarında onu bekleyen fiziki zorluklar düşünüldüğünde, Avrupa'ya canlı olarak döneceğine dair bir büyük yanılsama içinde değildi. Ancak onun yola çıkışı, yapacak daha iyi bir şeyi olmadığı için aklına sonradan gelmiş bir şey değildi. Bu onu hükümranlığının en parlak hareketiydi, öyle bir hareket ki başından beri planlamıştı ve onun uğruna bir deneyimden diğerine yol almıştı. Ve şimdi o deneyimlerden birisi görece başarılı olmuştu, artık zihnini önünde duran gerçek görevine verebilirdi.[14]

---

[13] Munz, *Barbarossa*, s. 31.

[14] Ibid., s. 74.

İmparatorluğun Barış Yasaları (Landfrieden). On ikinci ve on üçüncü yıllarda imparatorların ve düklerin çıkardıkları kapsamlı yasalarda (*constitutio pacis, pax terrae, Landfriede*) "barış" teriminin belirgin kullanımı, bu yasaları onuncu yüzyılın ikinci yarısından beridir kilise tarafından desteklenen Tanrı'nın Barışı (*Peace of God*) hareketi ile ilişkilendirmektedir. Tanrı'nın Barışı adlı ilk Cermen beyannameleri 1082'de Lüttich Piskoposluğu'nda, 1083'te Köln Başpiskoposluğu'nda, 1084'te Saksonya bölgesinde ve bütün imparatorluk için 1085'te Mainz'de halka duyurulmuştur. Tıpkı Güney Fransa, Normandiya ve diğer yerlerdeki daha erken Tanrı'nın Barışı beyannameleri gibi her bir Cermen beyannamesi de belirli bir zamanla, belirli yerlerle ve insan grupları ile sınırlıydı. Bunlar yeni yasalar çıkarmak iddiasında değillerdi daha ziyade bütün yerel nüfusa barışı koruma yemini ettirerek ve ihlal halinde yeni dinî yaptırımlar özellikle aforoz cezası getirerek halihazırdaki yasaları pekiştiriyorlardı.

İlk seküler barış yasası (*Landfriede,* "toprakların barışı") 1103 yılında bir imparator tarafından yayımlanmıştır. Daha öncesinde 1093'te Svabya'da, 1094'te Bavyera'da dükler ile dükalık *magnate*'leri tarafından yayımlanan iki; yine 1094'te Alsace bölge meclisince yayımlanan bir seküler barış yasası bulunmaktadır. 1103'teki barış yasasını sırasıyla en az on yedi ek imparatorluk barış yasası izlemiştir; 1119, 1121, 1125 (iki yasa), 1135, 1147, 1152, 1158, 1179, 1186, 1207, 1208, 1221, 1223, 1224, 1234 ve 1235'te. Bu dönemde ayrıca Svabya, Bavyera, Saksonya, Brixen, Hennegau ve Alsace'ta; 1104, 1127, 1152, 1156, 1171, 1200, 1229 ve 1233'te en az sekiz teritoryal barış yasası da yayımlanmıştır.[15]

On ikinci ve on üçüncü yüzyılların imparatorluk barış yasalarında sadece "barış" sözcüğünün değil sözcüğün çağrıştırdığı pek çok yan anlamın kullanımında ama başta nüfusa barışa uyacakları hususunda ettirilen yeminde önceki Tanrı'nın Barışı Hareketi'nden yararlanılmıştır. Öte yandan bunlar, daha önceki hareketten pek çok önemli açıdan ayrılmaktadır. Barış yasaları, onları yayımlayan hükümdarların her birinin yargı çevresinde zamanla sınırlı olmaksızın herkesi birbirine bağlamayı amaçlamıştır. Tebaalarından şiddetin çeşitli biçimlerinden vazgeçmelerini

---

[15] Joachim Gernhuber, "Die Landfriedensbewegung in Deutchland bis zum Mainzer Reichlandfrieden von 1235", *Bonner Rechtwissenschaftliche Abhandlungen,* 44 (Bonn, 1952), 72-102.

istemek yerine barışa dair gönüllü bir yemin ettirme fikriyle de hükümdarlar, mevcut hukuki düzeni biçimlendiren ve dizgeleştiren bir dizi yeni yasaya itaat etmelerini talep etmiştir. Nitekim barış yasalarının çağı ve içeriği aşama aşama genişletilmiş; bu yasalarla sadece şiddetin ve kan davası ile düelloların önlenmesi değil; ekonomik ve idari mahiyetli kimi meseleler de dahil olmak üzere genel olarak kamu düzeninin korunması düzenlenir hale gelmiştir. Bu bağlamda kilisenin yaptırımları daha çeşitli cezai yaptırımlar ile kimi medeni ve idari yaptırımları da içerecek biçimde genişletilmiştir. Özetle, on ikinci ve on üçüncü yüzyılların imparatorluk barış yasaları, aşama aşama modern anlamıyla kapsamlı yasama faaliyetlerine dönüşmüştür.

Bu dönüşüm süreci iki çok erken barış yasasının; 1094 tarihli Bavyera yasası ve 1103 tarihli ilk imparatorluk barış yasasının Frederick Barbarossa tarafından 1152 ilâ 1186 yılları arasında çıkarılan imparatorluk barış yasaları ile ve daha sonra Barbarossa'nın yasalarının torunu II. Frederick tarafından 1235'te Mainz'de çıkarılan yasaları ile karşılaştırılmasıyla ortaya konabilir.

1094 tarihli Bavyera yasası, dükün inisiyatifiyle kabul edilmiştir ancak hüküm ifade etmesi için Bavyeralı *magnate*'lerin meclisinde bir toplantıda (*Landtag*) yemin edilmesi gerekmekteydi; dahası halkın da yemin etmesi gerekliydi.[16] Çok kısa yedi maddeden oluşuyordu. Birinci maddesine göre, dük bütün kiliselere, ruhbana ve tacirlere (krallığını dışında at satanlar hariç) ve ayrıca "bizim barışımıza yemin eden, etmiş olan ve edecek olanlara [...] şu andan itibaren Paskalya'ya kadar ve sonrasında iki yıl daha bu yemine uyacağına" dair yemin ederdi. Yine bir yeminle korunan ikinci maddeye göre, her kim değeri bir şilin olan şeyleri çalarsa "cezalandırılacak ve iki katını ödeyecektir". Üçüncü madde ise her kim ki ,değeri beş şilini bulan şeyleri çalarak huzuru bozarsa ya da bir bakireye tecavüz ederse, onun gözlerini ya da bir ayağını ya da elini kaybedeceğini hükme bağlamaktadır. Dördüncü maddeye göre bir kimse bir bakireye tecavüz eder ve bir kaleyi kuşatırsa, o kale yıkılacak ve kaçak yakalanacaktır. Beşinci maddede ise yemin edenlerin; huzuru bozan birini takip ettiklerinde yahut kralın ordusu ("bizim ordumuz") bir yeri barışa zorlamak için oraya gittiğinde, sadece kendilerinin ve atlarının ihtiyaçlarını yanlarına alabilecekleri, geri kalan yükü

---

[16] Ibid., s. 74.

bırakacakları belirtilmektedir. Altıncı maddede, böylesi yolculuklarda inşaat için gerekli saman, ot ve ağacın istendiğinde alınabileceği hükme bağlanmıştır. Nihayet, yedinci maddeye göre dük, kendi memurlarının serbest topraklara ve *fief*lere ilişkin uyuşmazlıklarında, kendisinin yetkili olduğunu belirtmektedir.

Mainz'da 1103'te çıkarılan ilk imparatorluk barış yasası biçim, kapsam ve içerik bakımından Bavyera yasası ile aşağı yukarı aynıydı.[17] Bu yasa da *magnate*'lerin ve halkın yeminini gerektiriyordu. Dört yıl boyunca yürürlükte kalacaktı. Bir başkasının evini işgal etmeyi ya da yakmayı, birisinin parasını gasp etmeyi, yaralamayı, dövmeyi ve öldürmeyi yasaklamış ve bunların gözlerin ya da ellerin kaybıyla cezalandırılacağını ilan etmiştir. Bavyera yasasının hırsızlıkla ilgili hükümlerinin bazılarını bazı değişikliklerle tekrarlamıştır. Ayrıca birisinin düşmanını bir başkasının evinde takip etmesini de yasaklamıştır.

Yarım yüzyıl sonra Frederick Barbarossa'nın imparatorluk barış yasaları, önceki barış yasalarından en azından sekiz açıdan farklılaşmıştır.

1. Krallığın *magnate*'lerinden onlara seslenmek dışında hiç bahsedilmemiştir. Frederick'in 1152'de yayımlanan ilk barış yasası, "Tanrı'nın lütfuyla her zaman yüce ve Romalılar'ın imparatoru Frederick'ten bu belgeyi *alacak olan* piskoposlara, düklere, kontlara, uç beylerine ve görevlilere" diye başlamaktadır.[18]

2. "Barış" sözcüğünün anlamı değişmiştir; barış artık yeminle gelen bir şey, bir tür toplumsal saldırmazlık anlaşması değil; daha ziyade *magnate*'lerin ya da halkın rızasından bağımsız var olan bir şeydir. Toprakların barışı, uygulamada kralın barışıydı ve bunun için bir zaman sınırı konulmamıştı. Yeminlerden hiç söz edilmiyordu.

3. Sofistike hukuk kavramları ilk kez kullanılmıştır. 1103 tarihli imparatorluk yasası gibi teritoryal yasalarda da olmayan *leges* (yasa) ve *ius* (hukuk) gibi kelimeler vurgulanmıştır. Frederick 1152 tarihli yasanın girişinde "Biz bütün insanların haklarını (*ius*) korumaya niyetliyiz" demektedir.

4. Daha önceki barış yasalarının hiçbirisi, üzerlerine yemin

---

[17] Lorenz Weinrich, ed. and trans., *Quellen zur deutcher Verfassungs-Wirtschafts-, und Sozialgesichte bis 1250*, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter, vol. 32 (Darmstadt, 1977), ss. 166-167. 1103 tarihli arazi barışının sadece bir derlemesi bugüne kalmıştır.

[18] Ibid., s. 214, vurgu eklenmiştir.

edilmesi dışında nasıl uygulanacaklarına dair spesifik bir şey söylemezken Fredercik'in barış yasaları, hükümlerin uygulanmasını sağlayacak usulleri tekrar tekrar vurgulamıştır. Nitekim 1152 tarihli yasanın 2. maddesine göre, itaatsiz huzur bozucuların taşınabilir mallarına yargıç (*Richter*) tarafından el konulacak halkın yararına bölüştürülecektir. Öte yandan mirasları kont (*Graf*) tarafından müsadere edilecek ve belli şartlar altında krala bırakılacaktır. 4. maddeye göre, hafif suçlarda belirli para cezaları verilecek ve toplanan para yargıç tarafından dağıtılacaktır. Aynı yasanın 6. maddesine göre, kont huzuru bozanları lordun kalesine kadar kovalayacaktır. Diğer maddelerde, yargıcın ve kontun yargılama esnasında izleyeceği usulü açıklanmaktadır.[19]

5. 1152 tarihli yasanın kapsamı ve içeriği, daha önceki yasalarda öngörülen her hususun çok ötesindedir. Şiddetin denetim altına alınması önemli bir motifken, başka düzenlemeler de dahil edilmiştir. Nitekim 11. maddeye göre, her yereldeki kont, tahıl fiyatlarını belirlemek için yedi güvenilir adam seçecektir. 17. maddede, bir manastır vakfının görevlerini layıkıyla yerine getirmeyen efendisinin ya da tımar sahibinin; lordu tarafından uyarılmasına rağmen tutumunu sürdürdüğü için bir yargılama sonucu azledildiğinde yetkilerini kullanmaya ya da tımarını elinde tutmaya çalışması halinde huzur-bozucu (barışı ihlal eden) olarak değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu hükümler yeni bir hukuku temsil etmektedir. Diğer önemli yenilikler düelloya başvurulmasına ilişkin sınırlamalar, para cezaları ve müsadere edilen araziler için mâli bir güvence sisteminin kurulması ile barışı bozan ruhbanlar ve lordları ile husumet içindeki görevliler üzerinde kraliyet yargısının yetkili kılınmasıdır.

6. Sayılan yenilikler, imparatorun ekonomik ve yargısal yetkilerini de artırmıştır. Saldırganların müsadere edilen serbest *fief*'leri, imparatorluk *fief*'lerine dönüştürülmüştür. Bu, özellikle mirasçısı olmayan feodal toprakların zorunlu müsaderesinin gerektiği durumlar dikkate alındığında önemliydi. Ayrıca aynı lorda bağlı iki vasal arasındaki zilyetliğe ilişkin ihtilafların, yeminli bir soruşturmayla imparatorun mahkemesinde görüleceği öngörülmüştür ancak ihtilafın zilyetliğe değil mülkiyete ilişkin olduğu daha nadir davalarda, baronların mahkemelerinin yetkisi sürmüştür. "Nitekim" der Mitteis, "İngiltere'deki II. Henry gibi

---

[19] Ibid., s. 216.

Frederick Barbarossa da kraliyetin nezaretinde zilyetlik mahkemeleri kurmaya girişmiştir ki sonucu baronların mahkemelerinin yetkilerini sınırlandırmıştır.[20]

7. Daha önceki yasaların aksine, 1152 tarihli barış yasası yargılamalarda uygulanacak farklı usulleri tanımlamıştır. Eğer kontun mahkemesinde iki adam arasında *fief* ihtilafı varsa ve taraflardan birisi kendisine tımar verildiğini iddia ediyorsa, kont tımar verenin tanıklığına başvuracaktır (8. madde). Ancak eğer birden fazla kişi ihtilaflıysa ve farklı tımar verenlerin adı zikredildiyse, yargıcın mahkemesi kimin *fief*in zilyedi olduğunu belirlemek için güvenilir ve davalıların bölgesinde yaşayan iki kişiyi yemin altında sorgulayacaktır (9. madde). 10. madde, farklı tabakalardan adamlar huzuru bozmakla suçlandığında başvurulacak delilleri düzenlemiştir. Buna göre bir şövalye bir köylüyü suçlarsa, masumiyetini ilahi yahut insani yargı (yani işkence yahut tanık beyanıyla aklanma) yahut yargıç tarafından seçilen yedi uygun tanık aracılığıyla kanıtlayabilirdi. Eğer bir şövalye diğer bir şövalyeyi itham eder ve ona düello teklif ederse, kendisine düello teklif edilen, bundan kendisinin ve ailesinin meşru şövalyelik hakkına sahip olduğunu kanıtlayarak kaçınabilirdi.

8. Son olarak 1152 tarihli barış yasası, biçim bakımından özünde aynı olsa da 1094 tarihli Bavyera barış yasasından yedi katı daha uzundu ve muhtemelen 1103 tarihli imparatorluk barış yasasından da neredeyse yedi kat uzundu.

I. Frederick'in 1152 tarihli barış yasası büyük ihtimalle, II. Roger'ın kendisinden ya da Sicilya yasama meclisindeki danışmanlarından yahut en azından Frederick'in ve Roger'ın danışmanlarının ortak eğitim ve deneyimlerinden etkilenmiştir. Gerçekten de Sicilya'dan sürülenler, Frederick'in mahkemesinde yer almıştı. Her durumda Roger'ın 1129 tarihli bir barış yasası ile Frederick'in barış yasası arasında suça ilişkin tutumlarında ve 1152 tarihli yasa ile Roger'ın 1140 tarihli Ariano Yasası'nın şövalyelere uygulanan hükümleri arasında benzerlikler bulunabilir.

Altı yıl sonra 1158'de Roncaglia Meclis toplantısında Frederick, bir başka barış yasası ile yasama ile ilgili üç diğer yasa daha yayımlamıştır.

Sadece on bir maddeden oluşan Roncaglia barış yasası, önceki gibi başlamaktadır ancak bu sefer tüm tebaasına seslenmekte-

[20] Mitteis, *State*, s. 243.

dir: "Tanrı'nın lütfuyla her zaman yüce ve Romalıların imparatoru Frederick'ten, imparatorluğun bütün uyruklarına [...] Hükmettiğimiz bu yasa ile, ki ebediyen sürecektir, emrediyoruz ki...". İmparatorluğun bütün uyrukları, diye devam eder, kendi aralarındaki gerçek ve ebedi barışı koruyacaktır. On sekiz ilâ altmış yaş arası herkes, barışı koruma yeminiyle bağlıdır ve bu yemin her beş yılda bir yinelenecektir (1. madde). Bu, şeklen geçmişteki yemin usulüne dönüştür ancak özü değişmiştir çünkü yemin artık teoride bile gönüllü değildir ve korunacak barış, mevcut ve zamanla sınırlı olmayan hukuk düzenidir. Barışı her kim ihlal ederse, yemin etmemiş olsa bile cezalandırılacaktır.

2. madde, ihkak-ı hakka ilişkin genel bir yasağı düzenlemiştir. Buna göre, "Eğer bir kimse bir sebeple ya da bir işlem nedeniyle bir başka kimseye karşı bir hakka sahip olduğuna inanıyorsa, yargı gücüne başvuracak ve hakkını bu yolla arayacaktır". 3. madde ile "ihtiyatsız bir davranışı ile bahsi geçen barışı bozacak herkes" için ağır mâli cezalar öngörülmüştür. Böylece "barış", hakların şiddet değil "yargı gücüyle" uygulanmasını kapsamaktadır.

Dördüncü madde, geniş anlamda ağır suçlara yönelik genel bir yasaklama hükmünü içermektedir. "Hakların ihlal edilmesi ve hırsızlık yasayla cezalandırılacaktır. Cinayet ve yaralama ile diğer suçların bedeli yasayla ödetilecektir".

Beşinci madde, imparatorun yahut emrindekilerin atadığı yargıçların ve diğer *magistrate*'lerin adaleti tesis etmekte yahut barışı bozanların cezalandırılmasındaki ihmallerinden dolayı zarar görenlerin kayıplarını tazmin etmekle sorumlu kılmıştır. Istıraba yol açan durumlarda ek cezalar öngörülebilirdi ve yoksulluk nedeniyle tazminat ödeyemeyen *magistrate*'ler fiziksel olarak cezalandırılacak (dayak) ve beş yıllığına yaşadıkları yerden elli mil uzağa sürgün edileceklerdi.[21]

Roncaglia yasasının bu ve diğer hükümlerinin genel olarak 1152 tarihli barış yasasının hükümlerini tekrar etmemesi; daha ziyade o hükümlerin sürekliliğini varsayarak eklemede bulunması dikkate değerdir. Bunda da örf ve âdet hukukunun genel bir tekrarı değil; modern anlamıyla yasama faaliyeti niteliği bulunmaktadır.

Roncaglia Meclisi tarafından barış yasasına ek olarak lordla-

[21] Weinrich, *Quellen*, ss. 246-259.

rın ve vasalların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ve âlimlerin haklarını ve yükümlülüklerini düzenleyenler de dahil olmak üzere başka yasalar da yayımlanmıştır. Feodal yükümlülüklere ilişkin yasa, vasalların *fief*lerini lordun onayını almaksızın devretmelerini yasaklamış, bir vasalın lordu tarafından azledilebileceği çeşitli halleri saymış ve alt-vasallıkla ilgili sorunları ele almıştır. Bu yasanın bir maddesi şu sözlerle başlamaktadır: "Biz hem İtalya hem Almanya'da temellendirdik..." (Burada İtalya, Lombardiya Birliğini oluşturan kentleri, Almanya "Alemannia" ise Svabya, Bavyera, Saksonya ve diğer Cermen eyaletlerini ifade etmektedir). Sonuncu madde (m.10) şöyle demektedir: "Ayrıca emrediyoruz ki, her sadakat yemininde imparatorun ismi hariç tutulacaktır". Alimlerin haklarına ilişkin Roncaglia yasası, daha da ileri geçerek bunun örf ve âdet hukukunun tekrarı değil de yasama faaliyeti olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zira bir talimatla bitmektedir. "Emrediyoruz ki, bu yasa (*lex*), *'Ne fillius pro patre, etc'* adıyla imparatorluk kararnamelerinin arasına girecektir". Bu, bir babanın borçlarından dolayı oğulun sorumlu olmadığını söyleyen bir Roma imparatorluk kararnamesine atıftı. Benzer biçimde İmparator Frederick'in yasası (*lex*) seyahat eden âlimlerin hemşerilerinin borçlarından dolayı sorumluluğunu kaldırmıştır.[22] Dönemin hukukçuları, 1158 tarihli yasayı, ellerinde bulunan Iustinianus'un metinlerinde uygun bir yere yerleştirerek Barbarossa'nın talimatını yerine getirmişlerdir.

Yasama süreci, I. Frederick'in 1152 ve 1158 tarihli yasalarına olduğu kadar onun 1186'da çıkardığı kundakçılık yasasına da[23] yansımış; zirve noktasına torunu II. Frederick'in 1235'te Mainz'da yayımladığı barış yasasında ulaşmıştır.[24] II. Frederick elbette di-

---

[22] Frederick bu yasayı, dört doktorun isteği üzerine onların meclisteki hizmetlerinin ödülü olarak çıkarmıştır. Bu bir Cermen imparatorunun Iustinianus'un yasalarına açıkça ekleme yaptığı tek örnektir.

[23] 1186'da Frederick, kundakçılara karşı yirmi üç maddeden oluşan, uzunca bir *Peace Writ* (Barış Emri) yayımlamıştır. Bu, kundaklamayı imparatorluk denetimindeki kraliyet barışına yönelik ciddi bir tehdit olarak değerlendiren sofistike bir belgeydi.

[24] *Landfriede* (arazi barışı) hareketi 1186 ile 1235 yılları arasında tamamen durmadı ama kayda değer bir ilerleme de göstermedi. VII. Henry tarafından yayımlanan en önemli *Landfrieden,* 1124 tarihli Henry'nin mütarekesi, daha önceki bir hale gerilemeyi temsil etmekteydi. Ne *jus*'tan ne *lex*'ten söz edilmişti ve düzenlemelerin pek çoğu kan davasına ilişkin geleneksel sınırlamaların yinelenmesiydi. Bu dönemin diğer iki anayasası, 1220 tarihli Kilise Prenslikleriyle yapılan Anlaşma ile 1232 ta-

ğer büyükbabası 1140'ta Ariano Yasaları'nı yayımlayan II. Roger olan Frederick'ti ve kendisi de 1231'de Sicilya Kralı olarak *Liber Augustalis*'i yayımlamıştı. II. Frederick, geniş imparatorluğunu yönetirken Kuzey İtalya kentleri ile büyük ölçüde ihmal edilen Cermen topraklarını zapt etmeye yoğunlaşmıştı. Gerçekten de hükümranlığının sonlarında 1250 yılında bütün imparatorluk parçalanmış ve toparlanmak bir yana zayıflamıştı. 1235'te Mainz'da çıkarılan barış yasası, Almanya'daki imparatorluk birliğini diriltmenin bir aracı olarak hukukun kasıtlı kullanımıydı. Ancak bu açıdan başarılı olamamıştı ve bu nedenle de imparatorluk hukukunun gelecekteki gelişiminde büyük önem taşımamıştır. Öte yandan çeşitli prensliklerdeki ve imparatorluk bünyesindeki diğer topraklardaki hukuk ile imparatorluğun ve prensliklerin kentlerinin ya da bağımsız kentlerin hukuklarının gelişiminde çok etkili olmuştur.

II. Frederick, 1235 tarihli barış yasasının önsözünde şöyle buyurmuştur: "Almanya'nın herhangi bir yerinde ikamet edenler, davalarında ve özel işlemlerinde köhnemiş geleneklere ve yazılı olmayan yasalara göre yaşadıkları için ve imparatorluğun huzuruna ve genel durumuna katkıda bulunan kimi önemli reformlar henüz özel olarak uygulanmadığı için ve bir dava söz konusu olduğunda hükmün bir kısmının yazılı hukuka göre değil keyfi tesis edildiği düşünüldüğü için (...) Mainz'daki tek meclisteki değerli ruhbanlar ve seküler prenslerin tavsiyesi ve onayıyla, belirli kararnameleri yayımlamak zaruri hale gelmiştir". Bunu modern bir baskıda beş yüz satır tutan yirmi dokuz madde takip etmektedir.

İlk maddeye göre, kilisenin hak ve özgürlükleri serbestçe geliştirilecektir. Madde kimsenin, kilisenin yargı yetkisine "haksız biçimde direnemeyeceğini" emretmektedir. 2. madde bütün kiliselerin hamilerinin onları özenle koruyacağını ve kiliselerin mülklerini yönetirken makul olacaklarını hükme bağlamaktadır "[ö]yle ki, bize bununla ilgili ciddi hiçbir şikâyet gelmesin". 3. madde iki kişi arasında barışı korumak için el sıkışarak edilen yeminin bozulmasını ele almaktadır. Böylesi bir ihlal, bir yargıcın huzurunda yargılanacak ve iki yeminli şahitle ispatlanacaktır.

---

rihli Statute in Favor of Princes (Prenslerin Lehine Kanun), *Lanfrieden* (arazi barışı anlaşması) olma niyetinde değildi. Öte yandan bunlar sadece II. Frederick'in kilisenin prenslerine ve lâik prenslere tanıdığı imtiyazlardı.

4. maddeye göre, yargıçlık makamına, buna layık olan kimseler geçecektir, "zira diğerlerinin iddialarını değerlendiren birisinin yaşam tarzı çok üstün olmalıdır". İmparatorun mahkemesinden doğrudan ya da dolaylı toplanan prensler ve diğerleri davaları "toprakların kabul edilebilir geleneklerine göre adilce" görmelidir ve "bunu yapmayan her kim olursa olsun sertçe cezalandırılacaktır, adalet budur". 5. madde aynı hususu ele almayı sürdürür: "*Magistrate*ler ve haklar bunun içindir, kimse kendi yasının öcünü almasın çünkü hukukun otoritesi kalkarsa, keyfi zulüm artar. Bu nedenle *statulmus*'u (*statuta, statute* sözcüğünün kökeni) getirdik ki, hiç kimse, canını ve malını korumak, meşru müdafaa (*nothwere*, modern Almancada *Notwehr*, '*necessary defense*') denilen; şiddete olay anında şiddetle karşılık vermek halleri dışında, şikayetini yargıca getirmeden ve hakkını belirli bir hükme, yasaya göre aramadan kendi başına almaya kalkmasın".

6. maddeye göre, eğer bir kimse şikayetini mahkemeye taşır ancak yasa uygulanmazsa (varsayımsal olarak davalı mahkemenin düzenine uymadığı için), şikayetçi düşmanına "meydan okuma" hakkına, yani onu kamusal olarak düelloya davet etme hakkına sahiptir. Ancak bunu uygun bir yolla yapmalıdır aksi halde onursuz ilan edilecek ve hakkını kaybedecektir.

7 ilâ 10. maddeler geçiş ücretleri ile diğer seyahat engellerini ele almaktadır. İmparatorun izni olmaksızın karada ve suda seyyahlardan alınan bütün geçiş ücretlerinin kaldırılacağı ilan edilmiştir. Yabancıların böylesi geçiş ücretlerinden korunması vurgulanmıştır.

11 ilâ 13. maddeler imparatorluk hukukunun (kalpazanlık), feodal hukukun ("feodal hukuka göre imparatorlukta geçiş belgesi hakkı" olmayanların geçiş belgesi satmaları) ve kent hukukunun (kent dışında yaşarken kentli haklarını ileri sürmek ya da kentte yaşarken feodal lordun korumasını talep etmek) belirli ihlal tiplerini yasaklamaktadır.

14. maddeye göre, hiç kimsenin bir başkasını bir yargıcın izni olmaksızın teminat olarak alamayacağını ve bunu yapan kim olursa olsun bir soyguncu olarak cezalandırılacağını belirtmektedir.

15 ilâ 21. maddeler oğulların babalarına karşı suçlarını, özellikle babayı öldürme ve babanın topraklarını elinden alma, düzenlemektedir.

22 ilâ 27. maddeler cezaları özellikle sürgün ilan edilmeyi ele

almaktadır. Kanun dışı ilan edilen kimseler "kamu düzenine karşı suçlu" olarak yargılanacak ve uzlaşma ya da kefaret hakları olmayacaktı. Böylece suç, haksız fiil ve günah arasında keskin bir ayrım yapılmıştır. Bir imparator kanun dışı olması halinde, "onursuz" ilan edilecek ve haklarını kaybedecektir. Aynı ceza büyük ihanet, emniyeti suiistimal ve "*mord* denilen cinayet"ler için de uygulanabilirdi. Bir kanun kaçağını saklayanlar da kanun dışı ilan edilene uygulanacak cezanın aynısına çarptırılacaktı. Eğer bir kent bir kanun kaçağını "kolektif olarak ve bilerek" saklarsa, duvarlarının yıkılması da dahil olmak üzere ağır cezalara çarptırılacaktı. Ayrıca çalınmış malları alan ve bir hırsızı saklayan kimse, medeni hukuka göre -ki, bu, çağdaş Batılı hukukçulara göre Iustinianus'un Roma hukukuna atıftır- hırsızın alacağı cezanın aynısını alacaktı. Ne var ki, çalınmış malları alan ya da hırsızı saklayan bu suçu ilk defa işliyorsa, çalınan malın değerinin iki katını ödemeliydi, bunlar ancak suçu ikinci defa işlediklerinde soyguncu ya da hırsızla aynı cezayı alacaktır.

28. maddeye göre, imparatorluk mahkemesine bizzat başkanlık yapamadığı durumlarda imparatorun yerine başkanlık yapması için bir yüksek yargıç atanmalıdır. Bu yargıç "kanaati güvenilir ve dürüst ... özgür konumda [olmalı] ve bu makamda en az bir yıldır bulunmalıdır". Yüksek yargıç, mahkemeyi Pazar günleri ve büyük tatiller dışında, her gün yönetecektir, "soruşturmaları ve yargılamaları, bizim yüksek makamımıza ait olan prenslerin ve diğer asillerin kendilerine, haklarına, onurlarına, *fieflerine*, malvarlıklarına ya da miraslarına dokunan davalar hariç olmak üzere bütün şikayetçilerin haklarını verecektir". Kanun dışı ilan etme ve beraat ettirme yetkisi imparatorda bırakılmıştır.

Yüksek yargıç, "hile ya da haksızlık yapmadan iyi niyetle ve vicdanına göre bildiklerinden ya da adil olduğuna inandığından başka bir sebeple, sevgi ya da nefret, menfaat ya da ödül, korku ya da merhamet için hüküm tesis etmeyeceğine dair yemin" edecektir. Yüksek yargıç, "halk arasında *Gewette* denilen" kanun dışı ilan edilenlerin affedilmesi için ödenen ücretleri alacaktır "böylece daha büyük bir iyi niyetle yargılama yapacak ve kimseden hediye kabul etmeyecektir".

Nihayet 29. madde, yüksek yargıcın; "gelecekte benzer davalarda belirsizlik ortadan kalksın ve hangi toprakların örf ve âdet hukukuna göre karar verildiği açıkça belirlenebilsin diye" şikayetleri içeren dilekçeleri almak ve korumak, duruşmaları, kanun

dışı ilan edilme ve beraat kararlarını kaydetmek, büyük davalardaki hükümleri imparatorluk mahkemesine iletmek üzere, özellikle çatışan hükümler (halk arasında *gesamint urteil*, modern Almancada *Gesamturteil*) olduğunda ya da "kolektif kararlar" söz konusu olduğunda, yani yargıçların oylarının toplanmasıyla alınan kararları yazmak için özel bir noteri olacaktır. Noter, soyluların davalarını kaydedebilsin diye, zira ruhbanların bunu yapması yasaktı, ve daha önemlisi görevini ihmal ederse uygun biçimde cezalandırılabilsin diye lâik bir adam olmalıydı. Noter "makamında dürüstçe ve yasaya uygun davranacağına" ve "hile ya da haksızlık yapmadan iyi niyetle ve vicdanına göre yazacağına ve haklara ve yükümlülüklere aykırı bir şey yapmayacağına"[25] dair bir yemin edecektir.

1235 tarihli Mainz barış yasası, esas olarak II. Frederick'in imparatorluğunun Cermen kısımları içindi ancak aslında hem Latince hem Almanca yayımlanan ilk imparatorluk yasasıydı. Cermen hukukuydu. Ancak yazarı, dört yıl evvel *Liber Augustalis* adlı kapsamlı Sicilya kanunnamesini yayımlayan aynı Sicilya Kralı, Apulia Dükü ve Calabria Kontu'ydu. *Liber Augustalis*, yeni Cermen yasasını sadece uzunlukta değil ancak karmaşıklıkta da büyük ölçüde gölgede bırakmıştır. Aynı hükümdar nasıl olmuştu da aşağı yukarı aynı zamanda böyle farklı yasalar yapabilirdi?

Kuşkusuz ortak kaynaktan geldiklerini gösteren kimi işaretler mevcuttu. Her iki belge de kraliyet yasalarını temsil etmektedir. Her ikisi de kişisel intikamı, ihkak-ı hakkı ve genel olarak şiddeti hedef almıştır. Her ikisi de kamu düzenini korumanın esas aracı olarak hukuku öne çıkarmıştır. Her ikisinin de yasayla yönetilen toplum tahayyülü aynıdır. Mainz yasasında bulunan imparatorluk yüksek yargıcı ve ona yardımcı olacak noter hükmü doğrudan Sicilya deneyiminden alınmıştır. Her iki yasa da pek çok benzer temel hukuki kavram ve kurumu içermektedir. Hukukun belirli maddi kuralları, mal ya da can güvenliği için zorunlu hallerde öldürme gibi, her ikisinde de aynıdır.[26]

Yine de farklılıklar daha çarpıcıydı. Mainz yasası kuralların yalın bir çerçevesini sunmaktadır, bunların içinden muhtemelen çok azı da imparatorun bakış açısından en önemlileriydi; *Augus-*

---

[25] Weinrich, *Quellen*, ss. 462-483.

[26] Bkz. James M. Powell, ed. and trans., *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231* (Syracuse, N.Y., 1971), I, 8, "Mainzer Landfriede 5".

talis ise kapsamlı bir kanunnamedir. Örneğin suçları düzenlerken Mainz yasası sadece birkaçını özgüler ve cezalandırmaya ilişkin hükümleri sürgünle (kanun dışı ilan etmeyle) sınırlıyken *Augustalis*, pek çok suçu tanımlar ve bunlara uygulanabilecek farklı cezaları belirtir. Dahası *Augustalis*, Mainz yasasında dile bile getirilmemiş olan suç ve cezayla ilgili olmayan bir dizi meseleyi de düzenler. Neden Frederick, 1235'de Mainz'daki meclise Palermo'da 1231'de yayımlanan o fevkalade kanunnameyi sunmamıştır?

Yanıt, gerçi basittir ama açıklayıcıdır; her iki yasa yapma faaliyeti de bünyesinde bulundukları yönetimin hukuk düzenini genişletme, rasyonelleştirme ve dizgeleştirme işlevine hizmet etmektedir. Her ikisi de mevcut yapıların üzerine inşa edilmiştir. Bunlar hiç yoktan yapılmamıştı. On üçüncü yüzyılın başlarındaki Sicilya-Norman krallığının hukuk düzeni, imparatorluğun Cermen kısımlarındaki hukuk düzeninden hayli farklıydı. Sicilya'da -Güney İtalya- doksan yıldan beridir sofistike bir kraliyet hukuku mevcuttu; etkili ve merkezî adli, idari ve mâli kurumları vardı. İmparatorluğun Cermen kısımlarında ise imparatorluk kurumları zayıftı. Kuzeyde neredeyse kırk yıldır etkili bir imparatorluk yönetimi yoktu. Merkezî bir imparatorluk yargısı dahi yoktu; imparatorun bizzat kendisi bir yerden diğerine seyahat ederken yargıçlık yapardı ve o yıllarda Roma'nın kuzeyine çok nadir seyahat etmişti. Siyasi bir bakış açısıyla Mainz barış yasası imparatorluğun Cermen topraklarındaki son nefesi olarak görülebilir.[27]

Yine de bazı bakımlardan Mainz barış yasası *Liber Augustalis*'ten çok daha yenilikçiydi. Sicilya kanunnamesi durmadan I. ve II. William'ın ve "bizim büyükbabamız II. Roger"ın yasalarına dönüp atıfta bulunurken, Mainz yasası itinayla "büyükbabamız I. Frederick" ile onun 1152, 1158 ve 1186 tarihli barış yasalarını görmezden gelmiştir. Daha önemlisi Mainz yasasında bulunan imparatorluk yüksek yargıcı ve noterine ilişkin düzenleme, imparatorluk mahkemesi kararlarının ilk defa tek bir yerde toplanacağı ve tutulacağı anlamına geliyordu ki böylece imparatorluğun hukuk normları yerleşebilsin.[28] Aslında her ne kadar çok

---

[27] Bkz. Heinz Angermeier, *Konigtum und Landfriede im deutchen Spätmittelalter* (Munich, 1966), ss. 27-29.

[28] II. Frederick'in reformları "kamusal hayatın çok çeşitli ilişkilerinin hukuki çerçevesi, hukuktan bahsetmenin bir normu oluşabilsin diye" mahkeme kararlarının tek bir yerde toplanacağı ve korunacağı anlamına geliyordu. R. Scholz, *Beitrage zur*

zaman geçmese de 1235'ten sonra imparatorluğun gücü hızla azalmış ve gerçekten de neredeyse bütün imparatorluk faaliyetleri ortadan kalkmıştır. Yeni imparatorluk yüksek yargıcı sabit bir makamda ya da sabit bir süreyle oturmamıştır. On üçüncü yüzyılın son yıllarında Habsburglar imparatorluk unvanını aldığında, 1281'de Mainz yasasını onaylamışlar ve sonra bazı eklerle 1287'de ve 1292'de bir kere daha kabul etmişlerdir. Ancak imparatorluk hukuku on dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda inişe geçmiş ve 1495'te yeniden canlandırılmıştır.

Buna rağmen Mainz barış yasası, daha önceki imparatorluk barış yasaları gibi Almanya *"common law"*unun bir parçası olarak yaşamıştır. Teknik olarak on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda sadece imparatorluk hukuku, çeşitli yönetimlerin ve kentlerin hukukları haricinde bir "Cermen hukuku" yoktu. Tıpkı bugün federal hukuk ve eyaletlerin hukukları dışında "Amerikan hukuku" olmadığı gibi. Yine de Almanya'da imparatorluk yönetimlerinde, teritoryal yönetimlerde ve kent yönetimlerinde evrensel olarak kabul edilmiş ortak hukuki kavram, kurum ve ilkeler gövdesi vardı. Mainz barış yasasının ve öncüllerinin pek çok bölümünde Cermen hukukunun ortak gövdesine giden bir yol bulunabilir.

Sakson Hukukunun Aynası (Sachsenspiegel). Daha önceki barış yasalarının Cermen *common law*'unun bir parçası haline geldiğini gösteren kanallardan birisi, on üçüncü yüzyılın başlarında (muhtemelen 1220'lerde) Sakson bir hukukçu tarafından yazılan *Sachsenspiegel* adlı kitaptı. Kitabın yazarı Eike von Repgau (1180-1235), şövalye sınıfı mensubu, üniversite eğitimi almamış olmasına rağmen iyi eğitimli bir yargıç yardımcısıydı. Çalışmasını önce Latince yazmış, sonra Almancaya çevirmiştir.

Sachsenspiegel hukuki kuralların ve ilkelerin sistematik bir derlemesidir. İki ana bölümden oluşur, birisinin başlığı *Landrecht*'tir (arazi kanunu) diğeri ise *Lehnrecht*'tir, "*fief* hukuku" ya da "feodal hukuk". Her bölüm de kendi içinde numaralandırılmış yüzlerce bölüme ve altbölüme ayrılmıştır. Modern bir baskıda Landrecht yaklaşık 140, Lehnrecht ise 100 sayfaya tekabül etmektedir. Kitabın ana konusu esas olarak ilk defa yazılı hale getirilen ve dizgeleştirilen Saksonya örf ve âdet hukuku ile Cermen

---

Geschichte der Hoheitsrechte des deutchen Königs zur Zeit der ersten Staufer, 1138-1197, Leipzig Studien, vol. 24, (1986), s. 26.

kral-imparatorunun Saksonya'da diğer yerlerde uygulanan hem vazedilmiş hukuku hem de örf ve âdet hukukudur. Yazar birinci bölümde ağırlıklı olarak medeni hukukun bazı boyutları (özellikle eşya ve miras hukuku), ceza hukuku, yargı sistemi ve anayasa hukuku ile ikinci bölümde lord-vasal ilişkileri üzerinde durmuştur. Kentlerin hukukunu dahil etmemiştir. Merkantilist hukuku da dahil etmemiştir. Kanon hukukuna; özellikle papalıkça uygulanan aile hukuku ile diğer meselelere kimi atıflar vardır. Roma hukukuna ise âdeta hiç atıf yoktur. Başta Svabya olmak üzere Diğer Cermen topraklarındaki hukuk kurallarına, Saksonya hukukundan farklılaştıkları noktalarda birkaç atıf bulunmaktadır. Bunun dışında yazar, Sakson hukukunun Cermen topraklarındaki kural ve ilkelerle genel bir biçimde ortak olduğunu farz etmiştir.

Kurallar ve ilkeler, küçük bir kavramsal analizle ve çok az somut örnekleme ile sunulmuştur. Örneğin kitaba göre bir diğerinin suç işlemesine yardımcı olan kimse cezalandırılır, ancak suç ortaklığının tanımı verilmemiş ve suç ortaklığı türleri arasında hiçbir ayrım yapılmamıştır. Benzer biçimde bir kimsenin diğerini meşru müdafaa halinde yaralamasına ilişkin kurallar da belirtilmiş ancak meşru müdafaanın tanımı ya da analizi yapılmamıştır. Gerçekten de bütün kitap kuralların, öğretilerin, ilkelerin ve talimatların kısa bir özeti biçiminde yazılmış; kuşkusuz bazıları dikkate değer genişlikteydi.

Sachsenspiegel, imparatorluğun anayasa hukukuna ilişkin pek çok hüküm barındırmaktadır. Bu hükümlerde, izleri doğrudan on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki Papalık Devrimi'nde sürülebilecek, birbirleri ile iç içe ve temel üç örtük kavram bulunmaktadır.

Bunlardan ilki hukuka dayalı imparatorluk -gerçekte toplum- kavramıdır. Bu kavram yazarın başlangıç kısmındaki bir ifadesinde ima edilmektedir: "Tanrı yasadır; bu nedenle yasa ona bağlıdır". Hukukun üstünlüğü fikri *Sachsenspiegel*'de, "kralın ya da yargıcın hukuksuz kararına direnmek ve eğer [hukuksuz kararı veren] akrabası ya da lordu ise bir başkasına direnmesinde yardımcı olmak" bir kimsenin hakkı olarak ifade edilecek kadar ileri gitmektedir.[29]

[29] Karl August Eckhardt, ed., *Sachsenspiegel V: Landrecht in hochdeutcher Übertragung* (Hannover, 1967), Prolog, III, 78, no. 2. *Lehnrecht*'in modern Almanca baskısı bulunmamaktadır ama eski Almancayla yazılmış modern baskısı bulunmaktadır.)

İmparatorluk anayasasının ikinci temel kavramı siyasi birimler olarak ruhani ve dünyevi yönetimlerin -papalık ve imparatorluk- ikiliğidir. Bu, bu kitabın ilk bölümünde anlatılan "iki kılıç" öğretisinde örtüktür: "Tanrı, Hıristiyan alemini koruması için dünyaya iki kılıç bırakmıştır. Papa'ya ruhani kılıç verilmiştir, imparatora ise dünyevi... Papa'ya kim karşı çıkarsa, papanın ruhani hükmüyle kimi mecbur edemezse, onu seküler iktidarı ile papaya itaate zorlayacak olan imparatordur. Bu nedenle ruhani iktidar da ihtiyaç duyduğunda seküler iktidara yardım etmelidir". İlerideki bir maddede, kilisenin imparator üzerinde öğretiye ilişkin meselelerde (sapkınlık), boşanmada (aile hukuku) ve ibadethanelerin güvenliğinin sağlanmasında (kilisenin malvarlığı) nihai yargı yetkisinin olduğu belirtilmektedir.[30] Bununla birlikte kilise, iradesini nihayetinde imparatorluk iktidarı aracılığıyla hayata geçirmelidir.[31]

Üçüncü kavram ki, ilk ikisini imparatorluğun anayasa hukukunun temellerinde birbirine bağlamaktadır, çoklu ve etkileşim halindeki seküler yönetimlerdir. Bu teritoryal yargı çevreleri ve imparatorluk yargı çevreleri ile ilgili hükümlerde ve imparatorluk yargısının teritoryal hukuku uyguladığı belirli davalarla ilgili hükümlerde ifade edilmiştir.[32] Bu ayrıca kralın, teritoryal yönetimlerin prensleri ve piskoposları tarafından seçilmesine ilişkin hükümlerde de ifade edilmiştir. Burada *Sachsenspiegel* Frederick Barbarossa'nın impratorluğun prensleri düzenlemesinin üzerine inşa edilmiştir. Gerçekten de yazar, kilisenin üç seçmenini (Trier, Mainz ve Köln piskoposları) ve üç lâik seçmeni (Rhine Bölgesi Kontu, Saksonya Dükü ve Brandenburg Uçbeyi) listeleyecek ve derecelendirecek denli ileri gitmiştir. Sachsenspiegel'in otoritesine göre bu altısı, o günden sonra sürekli olacak altı seçmendir.[33]

---

[30] "Papa imparatoru, sapkınlık, eşini terk etmesi ya da Tanrı'nın evine zarar vermesi halleri haricinde aforoz edemez". Eckhardt, *Landrecht* 1.1; 3.57.1.

[31] "Aforoz, kraliyet tarafından sürgünle devam etmedikçe ruhu acıtır ama can almaz yahut kimseyi *Landrecht* veya *Lehnrecht'e* zorlamaz". Eckhardt, Landrecht 1.59.1.

[32] "Yargıç, nerede olursa olsun bir kimse kendi arazisine ilişkin şikâyette bulunmadıkça ya da özgür bir adamı bir suçla itham etmedikçe kendi mahkemesinin yetkisindeki her şikâyeti hükme bağlayabilir; yani yargıç sahici bir yerel meclis ve kraliyet yasağı haricinde yargılama yapamaz". Eckhardt, *Landrecht*, 1.59.1.

[33] Eckhardt, Landrecht, 3.57.2. Sachsenspiegel'e göre *cupbearer* (bir prenslikte görevli) yedinci oya sahiptir ancak bu makamın sahibi, Bohemya Kralı Cermen olmadığı için oy hakkı bulunmamaktadır. Ancak 1290'da İmparator Rudolf Sach-

İmparatorluğun anayasa hukuku, imparatorluk barış yasalarının olduğu kadar diğer imparatorluk yasalarının da pek çok hükmünün teritoryal yönetimlerin hukuklarına geçmesini kaçınılmaz kılmıştır. İmparatorluk hukukunun iktibasının önemli araçlarından birisi *Sachsenspiegel*'in kendisidir. Maddelerinden birisi açıkça "Saksonya topraklarında soyluların da onayıyla imparatorluk iktidarının eski barışı"na[34] atıfta bulunmaktadır. Bu daha önceki Tanrı'nın Barışı anlaşmalarından birisine yapılan bir atıftır. Bu anlaşmaların geleneğinde *Sachsenspiegel,* rahiplere ve din adamlarına, kadınlara, Yahudilere, kiliselere ve kilise mülklerine, mezarlıklara ve köylerin çitlerine, sabanlara ve değirmenlere ve kralın kara ve su yollarına sürekli bir koruma tanımaktadır.[35] Diğer maddelerde yayımlanmış imparatorluk barış yasalarından alınan spesifik ceza hukuku ve medeni hukuk kuralları yer almaktadır. Bu maddelerden birisine göre, barışı bozan birisini öldüren ya da yaralayan herhangi birisi, eğer takipteyken veya olay yerindeyken böyle yaptığını kanıtlarsa tazmin etmekle sorumlu değildir.[36]

Çok önceleri, *Sachsenspiegel* âdeta otorite imiş gibi değerlendirilmiştir. Hükümlerinin pek çoğu doğrudan kent hukukuna ve diğer teritoryaların hukuklarına dahil edilmiştir. Eğitimli hukukçular tarafından şerh edilmiştir. Yüzyıllar boyunca, mevcut kent hukukunu, teritoryal hukukları ve imparatorluk hukukunu tamamlayan tali hukuk olarak düşünülmüştür.[37] Gerçek şu ki,

---

senspiegel'in otoritesine dayanarak Bohemya'ya oy hakkı tanımıştır, böylece on yedinci yüzyılın ortalarına kadar seçmen sayısı yediye sabitlenmiştir.

[34] Echhardt, *Landrecht* 2.66.1.

[35] Bkz. Adolf Laufs, *Rechtsenwicklung in Deutschland* (Berlin, 1978), ss. 21-22, hırsızlara verilen çeşitli cezaları ele alırken Eckhardt, *Landrecht* 2.13.1'den aktarmıştır. Ayrıca bkz. Gerhard Kallen, "Friedrich Barbarossa's Verfassunggreform und das Landrecht des Sachsenspiegel", *ZSS* (Alm.), 71 (1938), 560; Hans von Voltellini "Ein Beitrag zur Quellenkunde des Sachsenspiegel Landrecht", *ZSS* (Alm.), 71 (1938), 548.

[36] Eckhardt, *Landrecht,* 2.69'dan aktaran Laufs, *Rechtsenwicklung.*

[37] Sachensenspiegel'in kent hukuku üzerindeki etkisi özellikle on dördüncü yüzyılın başlarında Magdeburg hukukunun, Görlitz Kodeksinin ve 1356 tarihli Breslau Landrecht'inin gelişiminde görülebilir. Cermenler doğuya giderken de onlara eşlik etmiştir, hatta izleri Hollanda'da da görülebilir. Sachsenspiegel, 1325'ten sonra Brandenburg şövalyesi ve hukukçu Johann von Buch (Bologna'da eğitim almıştır) tarafından tekrar tekrar ve 1400'lerde yine Bologna'da eğitim almış Nicholas Wurm tarafından şerh edilmiştir. Genel olarak bkz. Herman Condrad, *Deutsche Rechtsgeschichte,* I (Karlsruhe, 1954), 477-479; Richard Schröder ve Eberhard Frei-

Sachsenspiegel dikkate değer ölçüde Almancadır ve âdeta imparatorluğun Almanca konuşulan bütün bölgelerinde ortak bir hukuk Almancası yaratmıştır.[38] Diğer "hukukun aynaları" onu taklit ederek yazılmıştır: *Schwabenpiegel, Deutchenspiegel, Frankenspiegel.*[39]

Prensliklerin Hukuku

On ikinci, on üçüncü yüzyıllar ile sonrasında, Cermen imparatorluk hukukunun Sicilya, İngiltere ve Fransa krallık hukuklarına kıyasla görece zayıflığı, imparatorluğun kuzeyini oluşturan özgün teritoryal Cermen dükalıkları ile diğer prensliklerin hukuklarının güçlenmesiyle dengeye ulaşmıştır. İmparatorluğun mâli ve adli kurumları ilkel kalırken, çeşitli prensliklerin merkezî adli ve mâli kurumları azımsanamayacak bir gelişim göstermiştir. İmparatorluğun memur sınıfı diğer ülkelerdeki krallıkların memur sınıfının gerisinde kalırken, çeşitli prensliklerdeki memur sınıfının gelişimi etkileyicidir. İmparatorluğun kendi yasalarını uygulama gücü, genel Avrupa standartlarına göre geride kalsa da prensliklerinki kalmamıştır. On üçüncü yüzyılda ve sonrasında Almanya'da yönetimde ve hukukta genel bir çözülme olduğuna dayanan yaygın bakış, prensliklerdeki merkezî kurumların güçlendiği gerçeğiyle çelişmektedir. Papalık Devrimi'nden sonraki iki yüzyıl içinde Batı Hıristiyan aleminin başka yerlerindeki kabile ve klanların yaşadığına paralel olarak farklı ülkelerdeki Länder Cermen kabileleri ve klanları da ("*stem*") siyasi ve hukuki kurumların dönüşümünü, yönetimin ve hukukun rasyonelleşmesini ve dizgeleşmesini deneyimlemiştir. Bu dönemin önde gelen tarihçilerinden birisinin sözleriyle Almanya'da ve diğer yer-

---

herr von Künsberg, *Lehrbuch des deutchen Rechtgeschichte*, 7th ed. (Berlin, 1932), ss. 722-725.

[38] Hans Fehr, "Die Staatsauffassung Eikes von Repgau", *ZSS* (Alm.), 50 (1916), 159.

[39] 1274-75'te yazılan Schwabenspiegel, güney Almaya'daki etkili hukuk kitabıydı. Bavyera halk hukukundan, imparatorluk hukukundan, barış yasalarından, Roma hukukundan ve kanon hukukundan derlenmişti. Scahsenspiel'in imparatorluk yanlısı tutumuna kıyasla Schwabenspiegel papalık yanlısı bir tutum almıştır. Deutchenspiegel de 1274-75'te yazılmıştır, büyük ölçüde Sachsenspiegel'e dayanmaktadır ama kanon hukukundan ve Roma hukukundan daha fazla yararlanmıştır. Önemli bir etkisi olmamıştır. Frankenspiegel, Hesse'de 1328-1338 yılları arasında yazılmıştır ve güçlü bir biçimde imparatorluk yanlısıdır. On dördüncü yüzyılda bir dizi önemsiz çalışma ortaya çıkmıştır. Bkz. Condrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, s. 479.

lerde "anayasal devrim adını hak edecek denli güçlü bir yeniden yapılanma süreci" yaşanıyordu.[40]

On birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında Almanya'da teritoryal prensliklerin "belirsiz fakat fark edilebilir biçimde" başlayan yükselişi,[41] on ikinci yüzyılın ortalarında ve sonlarında I. Frederick'in (Barbarossa) hükümranlığı boyunca olağanüstü bir ivme kazanmıştır. Bu Papalık Devrimi'nin doğrudan sonucudur. I. Frederick'in papalıkla rekabeti ve benzerliği ve papalıkla ve diğer seküler iktidarlarla etkileşimi sonucunda imparator Cermen topraklarında barışa ve istikrara ihtiyaç duymuştur. İmparator, imparatorluğun prenslerinin kendi hakimiyet alanlarında uyruklarını kontrol altında tutmalarına ihtiyaç duymuştur. Dahası sadece seküler prenslere değil, piskopos olarak atanmalarını sadece papaya değil imparatora da borçlu olan kilisenin prenslerine de güvenmek zorunda kalmıştır. Frederick imparatorluğun prenslik düzenini oluştururken, prenslerin bulundukları yerlerde prensler aracılığıyla doğrudan denetim kurmuştur. Hem o zaman sayıları on altı olan seküler prensler hem de o zaman sayıları doksan olan kilisenin prensleri topraklarını imparatorun vasalı olarak ellerinde tutacaklardı ama teritoryal yargı yetkilerinin bulunduğu kendi bölgelerindeki bütün nüfusa hükmedeceklerdi. Krallık, Mitteis'in ortaya koyduğu gibi, her teritoryada soylular tarafından halktan koparılmıştı.[42]

Frederick Avusturya Dükalığı'nı bağımsız bir iktidar olarak kurduğunda "büyük ya da küçük kim olursa olsun dükalığında, onun onayı ya da rızası olmadan hiç kimsenin herhangi bir yargılama yapamayacağını"[43] açıkça ilan etmiştir. Geoffrey Barraclough'un belirttiği üzere bu hükmün temel noktası Avusturya'daki çeşitli *magnate*'leri dükün otoritesine tabi kılmaktır.[44] Ne var ki, imparatorun imkanları da kısıtlıydı. Frederick alt seviyedeki soyluları kontrolü altına almak istiyordu ancak bunu tek başına yapamazdı. Torunu II. Frederick bu ilkeyi sürdürmüş ve çabası 1120 tarihli *Treaty with the Ecclesiastical Princes* (Kilise'nin Prensleri ile Anlaşma) ile 1232 tarihli *Statutum in Favorem Prin-*

---

[40] Geoffrey Barraclough, trans., *Medieval Germany, 911-1250: Essays by German Historians*, I (Oxford, 1938), 104.

[41] Ibid., s. 76.

[42] Mitteis, *Der Staat*, s. 330.

[43] *MGH*, Legum, IV, I, p. 222.

[44] Barracklough, *Medieval Germany*, I, 105.

cipum (Prensler Lehine Yasa) ile sonuçlanmıştır. II. Frederick bunlarla her bir prensin kendi topraklarında diğerlerine karşı yetkili olduğunu garanti etmiştir. İmparator, herhangi birisinin prenslerin "topraklarına ve yargı yetkilerine" müdahale etmesini yasaklamış ve imparatorluk memurlarının geçiş ücreti ve para basma gibi teritoryal haklar üzerindeki yetkilerini sınırlandırmıştır.[45]

Cermen topraklarındaki prenslik iktidarı kendisini önce papalığın prenslik iktidarının sonra da Sicilya, İngiltere, Normandiya ve Fransa'daki seküler krallıkların geliştirdiği idari ve hukuki kurumların benzerlerini geliştirmelerinde göstermiştir: hazine, adliye, şansölyelik ve diğer yönetim departmanları ile hukukun medeni hukuk ve ceza hukuku ile diğer dalları; yargı, yasama ve hukuki gelişimin diğer kurumsal süreçleri.

On ikinci yüzyılın sonları ile on üçüncü yüzyılın başlarında Cermen prensliklerinin içinde en güçlü olanı ve en gelişmiş idari ve hukuki kurumlara sahip olanı Bavyera Dükalığı idi. 1154'ten 1180'e dek, Frederick Barbarossa'nın kuzeni ve rakibi Saksonya'nın da hükümdarı Aslan Henry tarafından yönetilmiştir. Henry, Bavyera'nın bir kabile yönetiminden ve feodal yönetimden teritoryal bir yönetime dönüşümünde çok önemli bir rol oynamıştır. Bunu, topraklarındaki yerel kontlukları yöneten yerel lordların yargısal ve diğer yetkilerini alarak yapmıştır.[46] Her kont yüksek yargı yetkisini (*Blutbann, blood justice*) imparatordan aldıkları imtiyazla elinde bulunduruyordu. Öte yandan kont doğrudan imparatora bağlı değildi ve yahut makamına imparator tarafından getirilmemişti. Kontun varisi olduğu serbest toprakları (*allod*) ve kilise tımarı (kilise ve manastırlar) ile kontluk üzerinde kalıtsal bir yargı yetkisi vardı. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Bavyera dükleri (diğer Cermen prensleri gibi) kontlukların yargı yetkisini bünyelerinde toplamak için çeşitli araçları kullanmıştır. Bir kontun mirasçısız ölmesi halinde malvarlığı dük tarafından müsadere edilmiştir. Dük, kontlukları kimi zaman pek çok kontla akrabalık bağı olduğu için miras yoluyla edinmiştir. Kimi zaman da satın almış veya kontlar yargı yetkisiyle birlikte düke bağışlamıştır. Nihayet kontlar karşı çıktığında da onları alt ederek malvarlıklarına el koymuştur. Bütün bu durum-

---

[45] "Confoederatio cum princibus ecclesiasticus" ve "Statutuum in favorem principum", Weinrich, *Quellen* içinde, ss. 382, 434.

[46] Ruth Hildebrand, "Der sachsische 'Staat' Heinrichs des Löwen", *Historische Studien* (Berliln), no. 302 (1937), ss. 371-392.

larda Aslan Henry'nin ve haleflerinin genel tutumu özgür kontların yerine, kont olarak değil dükün istediğinde azledebileceği valiler olarak özgür olmayan memurlar (vekiller) atamak olmuştur. Dükler kasabalara, kalelere ve geçiş merkezlerine benzer memurları atamıştır. Henry 1157-58'de Münih'i kurduğunda, özerk bir kent yönetimi oluşturmadı, bunun yerine orayı yönetmeleri için dükalık yargıcı da dahil olmak üzere memurlar atadı.

Aslan Henry'nin ve haleflerinin hükümranlığındayken Bavyera, ilişkileri kabilesel olan ya da feodal olan kişiler veya gruplar birliğinden ziyade teritoryal bir birim olarak yönetilmişti.[47] Henry, Saksonya'da noter personeli olan ilk Cermen teritoryal şansölyeliğini yaratmıştır ve hukuki belgeler yayınlayan ve hukuki işlemlerin sistematik kayıtlarını tutan ilk Cermen prensidir. Bavyera'da şansölyelik Henry'nin azledilmesinden çok kısa süre sonra kurulmuş ve yerine Otto von Wittelsbach getirilmiştir. Dahası hem Bavyera'da hem de Saksonya'da Henry dükalık mahkemelerini güçlendirmiş böylece bu mahkemeler arazilerin zilyetliğine ilişkin ihtilaflardaki birincil yargı makamı haline gelmiştir. Farklı tabakalardan temsilcileri de barış yasalarının ve diğer yasaların çıkarıldığı meclislerde toplantıya çağırmıştır. Bavyera'daki manastırlarından birisindeki bir hukuki belgede Henry "ülkenin prensi ve yargıcı" olarak adlandırılmıştır.

Aslan Henry'nin kurduğu hukuk ve yönetim sistemi halefleri tarafından on üçüncü yüzyılda daha da geliştirildi. Aslan Henry'nin yarattığı naiplik makamı (*Viztum*, vice-*dominus*, "lord muavini") 1204 yılında Wittelsbach hanedanı döneminde kurumsallaştırılmıştır. Naip, mâli konulardan sorumluydu ve dükalık mahkemesinde düke vekaleten başkanlık ederdi. Nihayet Bavyera dörde bölündüğünde her birinin bir naibi vardı. Naiplik kurumu 1228'de sayıları otuz beşe ulaşan daha küçük bölümlere (*Amter*) ayrıldığında her bölümde iki ana memur bulunuyordu: İdareden sorumlu müdür ve hem önemli hem de küçük davalarda yetkili yargıç. Yargıçların da altında, ilgili her bölümün çeşitli birimlerinde bulunan yargıçlar vardı. Müdürleri ve yargıçları, naip atardı. Bu esnada dükün maiyetindeki memurlar -polis şefi, vekilharç, mabeyinci, *cupbearer*- dükalığa kadar uzanan bürokratik organizasyonların başı haline gelmişlerdi.

Yeni, daha merkezîleşmiş idari sistem dükalığın yasamasına

---

[47] Karl Jordan, *Heinrich der Löwer: Eine Biographie* (Munich, 1979), s. 148.

yapılan yeni bir vurgu ile ilişkiliydi. Bavyera'da 1244, 1256, 1281, 1293 ve 1300'de yayılan ve örf ve âdet hukukunda reform yapan beş esas barış yasası çıkarılmıştır. Bunlarla, silah kullanımı sınırlandırılmış; hayat, mülkiyet ve onura daha güçlü bir koruma öngörülmüş; ticaret hukukunu ve miras hukukunu tamamlayan yeni kurallar getirilmiştir. İmparatorluk yasalarından farklı olarak dükalık yasaları esas olarak doğrudan yüksek soylulara değil, genel olarak köylülerle kentliler de dahil olmak üzere şövalyelere ve toprak sahiplerine yöneliktir.[48] Daha önemlisi bu yasaları yorumlayacak ve uygulayacak gelişmiş bir memurluğun mevcut olduğu varsayılmıştır.

Hepsinin ötesinde Bavyera düklerinin otoritesi, dönemin diğer Cermen topraklarındaki prensleri gibi, yargı yetkisini kazanmalarına dayanmaktadır. "*Regalia*'nın (mali ve siyasi imtiyazlar) kazanılmasından ve elde edilmesinden daha önemlisi, bütün bir iktidar sisteminin içindeki düklerin kontların ve efendilerin (kiliselerin ve manastırların) yargı yetkisini ele geçirmeleridir".[49] Krallığın birilerini yargısal otoriteyle donatma yetkisi, Almancada *Bannleihe*, imparatordan prenslere geçmiştir.[50] Bavyera dükleri; dükalıklarına naipleri tarafından çeşitli yönetsel birimlere atanan yargıçlar aracılığıyla hükmetmişlerdir.

Bu birimlerin yargıçları, genel olarak yüksek yargıç ve yargıç olarak yetkiliydiler. Belli meseleler, dükalık mahkemelerinde görülürdü zira bunların önemli oldukları düşünülürdü ya da tarafların statüleri çok yüksek olurdu. Diğer meseleler ise köy mahkemelerine ya da yerel mahkemelere bırakılmıştı zira bunların daha az önemli oldukları düşünülürdü ya da yerel nitelikliydiler.

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda diğer Cermen prensliklerinde olduğu gibi Bavyera'da da yargının merkezîleşmesine yargılama sürecinin rasyonelleşmesi eşlik etmiştir. Daha çok da delillerin mahkemede sunulmasına güvenilmiştir. Yargıçlar, tanıkları sorgulardı; bu özellikle medeni hukuk davalarında geçerliydi. Arazinin zilyetliğine ilişkin ihtilaflarda şikayetçi, her iki tara-

---

[48] Max Spindler, *Die Anfänge der bayerischen Landesfürstentums*, Schriftenreibe zur bayerischen Landesgeschichte, vol. 26 (Munich, 1937). Genel olarak bkz. Eugen Wohlhaupter, *Hoch- und Niedergericht in der Mittelalterlichen Gerichverfassung Bayerns*, vol. 12, pt. 2, *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. Kondrad Beyerle (Heidelberg, 1929); Wolfgang Schnellbogl, *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*, vol. 13, pt. 2, *Deutchrechtliche Beiträge*, ed. Kondrad Beyerle (Heidelberg, 1932).

[49] Spindler, *Anfänge*, s. 116.

[50] Ibid., s. 120.

fın da araziye birlikte baktığı ve her birinin arazinin eklentilerini ve sınırlarını, hükmü verecek olan topluluğun temsilcileri önünde tanımladığı bir "gösteri" talep edebilirdi. *Kundshaft* denilen bir başka usulde ise keşif, araştırma ya da soruşturma için ihtilaf konusu meseleye vakıf güvenilir ve yüksek mevkilerdeki kişiler resmî tanıklar olarak çağrılır ve yemin altında sorgulanırdı. Daha önemli davalarda tarafların ortak seçtiği yirmi bir kişi *Kundshaft*'a katılırdı ve kararın verilmesi için yemin altındaki yedi kişinin anlaşması gerekirdi.[51] Bu yeni "soruşturma" usulleri eski tanıkla aklama ve işkence yöntemlerinin yerini almaya meyilliydi.

Bavyera'daki dükalık hukukunda, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda ceza hukuku kavramı ve ceza hukukunun amaçları konusunda da esaslı bir değişiklik yaşanmıştır. Daha öncesinde suç ile haksız fiil keskin biçimde ayrılmamıştı. Yüksek adalet, çoğunlukla uzlaşma ile yani kurbanların adına suç işleyenlere para cezası uygulamakla ilgilenmiştir. "Kan adaleti" (*blood justice*) -genellikle asılma ya da sakatlama- esas olarak failin suçüstü yakalandığı davalarla sınırlandırılmıştı. On ikinci yüzyılda yüksek mahkemelerde suçlarla ilgili meselelerde yaptırım daha ziyade kan adaletiydi ancak diğer mahkemelerde uzlaşma olarak devam etmişti. Nitekim ceza hukukunda kabile sisteminden, suçların esas olarak kamusal otoriteye karşı görüldüğü devlet sistemine bir geçiş yaşanıyordu. Bu geçiş, cezalandırılabilir suç türlerindeki ve cezaların sertliğindeki artışla ilişkiliydi. 1244 Bavyera barış yasası, idamla cezalandırılacak cinayet türlerini de eklemiştir; cinayetin gece işlenmesi, açıkça kan davası sonucu işlenmesi, evli bir kadının kaçırılması yahut iffetli ya da bakire bir kadına tecavüz edilmesi. 1281 tarihli barış yasası, başka suç türlerini de eklemiştir. Ayrıca sadece özgür olmayanlara değil özgür kimselere de fiziki ceza uygulanmaya başlamıştır. Gece vakti işlenen suçlara uygulanan cezalar, suçüstü yakalanan faillere uygulanan cezalarla eşitlenmiştir. "Onurlu" ve "alçakça" suçlar arasında da ayrım yapılmıştır; cinayet haysiyetli iken hırsızlık haysiyetsiz bir suçtur. Alçakça işlenen bir suç için verilen ölüm cezaları daha acı verici biçimde uygulanırken; şerefli bir suç işleyenlerin sığınma hakkı ve ölüm cezasının hafifletilerek uzlaşma yolunun açılması olanağı daha fazlaydı.[52]

Nihayet, yargılama sisteminin hem çok maliyetli hem de kârlı

---

[51] Ibid., ss. 166-167.
[52] Ibid., ss. 176-184.

olduğu ve önceki dönemlerden daha modern bir vergilendirme sisteminin geliştirilmesine bağlı olduğunun unutulmaması gerekmektedir -gerçekten de imparatorluk otoritesinden daha modern bir vergi sistemi istendiğinde geliştirilebilirdi. Dükalığın bütün nüfusu; özgürler ve özgür olmayanlar, seküler olanlar ve ruhbanlar hepsi vergilendirilmişti ve dükalığın memurlarından oluşan bir kurulca idare ediliyordu. Evrensel bir vergilendirme sisteminin başlamasıyla birlikte "derhal toprakların prensi ile sakinleri arasında hiyerarşik bir ilişki yaratılmıştır. Vergi mükellefliği, bir devlet toplumu oluşturmanın en etkili aracıydı. Bu, devletin varlığını ve egemenliğini her bir insan için hissedilebilir kılmıştır".[53] Vergi miktarlarını tek başına dükün şansölyesi belirlemiyordu; vergiler, vergi tahsildarlarınca vergilendirilecek malvarlığına göre değerlendiriliyordu. Bu da memurların düzenli ziyaretlerini ve denetimlerini gerektiriyordu. Kimi zaman bir köye, kasabaya ya da kaleye salınacak vergi, orada yaşayanlarla yapılan bir anlaşmayla sabitleniyordu.

Kuşkusuz Bavyera, Cermen prensliklerinin en gelişmişi değilse de gelişmiş olanlarından birisiydi. Yine de atipik değildi; idari ve hukuki yapısı Avusturya, Brandenburg, Braunshweig, Heese ve Rhine Özerk Bölgesi ile ve Wurzburg, Mainz ve Tirer'deki kilise yönetimleri ve seküler ve kiliseye ait diğer prensliklerinkiyle benzerdi. Bunlar, Bohemya ve Burgonya haricinde teknik olarak krallık değildi ancak Sicilya, İngiltere ve Fransa'daki monarklar gibi olan prensler tarafından yönetiliyordü. Gerçekten teritoryal Cermen prensleri, pek çok bakımdan Cermen kral-imparatordan daha ziyade diğer krallar gibiydi. Zira kral-imparatorunkinden daha gelişmiş yasama, yargı ve yürütme erkleri vardı. Özellikle on üçüncü yüzyılda imparatorluğun çöküşünden sonra, imparator Frederick Barbarossa'nın uygulamayı denediği monarşik yönetim biçimi aslında Cermen topraklarındaki prensler tarafından uygulanır olmuştu.

İspanya, Flamanya, Macaristan, Danimarka

Papalık Devrimi dönemi ve sonrasında, krallık (ya da hükümdarlık) hukukunun gelişimi dönemin ya da daha sonraki dönemin "büyük güçleri" ile sınırlıydı. Feodal hukukun, malikane hukukunun, merkantilist hukukun ve kent hukukunun genişlemesi ve dizgeleşmesi ile birlikte krallık hukukunun genişlemesi

[53] Ibid., s. 167.

ve dizgeleşmesi de Batı'da Roma Katolik Kilisesi'nin seküler otoriteden bağımsızlığını ileri sürdüğü ve krallığın seküler alanda barışı ve adaleti tesis etme görevini üstlendiği yerlerde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte krallık hukukunun gelişiminin milliyetçi yorumundan kaçınılmalıdır. Zira bu sadece kendisini farklı ülkelerde tekrarlayan milliyetçi bir fenomen değil, neredeyse her yerde görülen; Batı'nın coğrafi merkezinde olduğu gibi periferisinde de gerçekleşen Batılı bir fenomendi.

İSPANYA

Yedinci yüzyılda Moorlar, bütün İberia yarımadasını fethetmişler ve nihayet 732'de Charles Martel'in liderliğindeki Franklar tarafından Poitiers'de, Paris'in yaklaşık üç yüz kilometre güneybatısında durdurulmuştur. İlerleyen birkaç yüzyılda Hıristiyan Franklar, kuzey İspanya topraklarını yavaş yavaş yeniden fethetmiş ve sonuçta bağımsız Katalonya, Navarre, Aragon, Léon (Galiçya), Kastilya ve son olarak Portekiz krallıkları kurulmuştur. On birinci ve on ikinci yüzyıllarda bu topraklar da Hıristiyan aleminin kalanının yaşadığı devrimci hareketin aynısını tecrübe etmişlerdir. İspanya topraklarındaki kilise de hukuk alanında, diğer yerlerdeki gibi kanon hukukunun aynı temel ilke ve usulleriyle idare edilmiştir. Feodal hukuk, malikane hukuku ve merkantilist hukuk da daha sistematize hale gelmiştir. Her birinin kendi ordusu, yönetimi ve hukuku olan yeni özerk kentler ve kasabalar kurulmuştur. Aragon kralının yargı yetkisinde olan fakat Barselona eyaletine bağlı muhteşem liman kenti Barselona, Avrupa'nın önde gelen kentlerinden birisiydi. Krallık iktidarının kendisini gösterdiği yerlerde, özellikle Kastilya, Katalonya ve Aragon'da aşağı yukarı Sicilya, İngiltere, Normandiya, Fransa ile Cermen prensliklerindekilerle kıyaslanabilecek bir krallık (ya da prenslik) sistemleri ortaya çıkmıştır.

Her ne kadar İspanya diye bir yer henüz olmasa da kuzey İberya krallıklarının tamamında belirli tarihsel hadiseler yaşanmıştır. Bunlardan ilki Moorlar'ın işgali ve Franklar'ın İberya'yı geri almasıydı. İkincisi, Moorlar öncesi Vizigot hukukunun kimi Roma hukuku unsurları ile birlikte; özellikle Vizigot kralı Reckesvinth'in yedinci yüzyılın sonlarında çıkardığı *Lex barbara Vizigothorum* olarak da bilinen *Fuero Juzgo* ya da Hükümler Kitabı'nda (*Book of Judgements*) yalın varlığını sürdürmesidir.[54] Ancak

[54] Reckesvinth, üzerinde çalışmak dışında Roma hukukunun bütün kullanımını kaldırmıştır. Buna Lex Romana Visigothorum ya da Iustinianus öncesi bir incele-

on birinci ve on ikinci yüzyılların Roma hukukunun canlanması ve modern kanon hukuku sisteminin bağlantılı yeni hukuk bilimiyle bu ortak yerel tarihsel faktörler gölgede kalmıştır.

Katalonya ve Aragon. Barselona kontlarının yönettiği Katalonya, on birinci yüzyılın başlarında (Elna Sinodu, 1027) Tanrı'nın Barışı hareketinin etkisi altında kalmıştır.[55] Bu harekette, *Usages of Barcelona*'yı da (Barselona'nın Âdetleri) yayımlayan Kont I. Ramon Brenguer (1053-1071) önemli bir rol oynamıştır. *Usages of Barcelona,* Vizigot ve Romalı, seküler ve dinî, yasal ve yargısal çok çeşitli kaynaklardan derlenen yasaların ve geleneklerin derlemesidir. Katalonya'da Tanrı'nın Barışı hareketini on ikinci yüzyılda Aragon'da da görülen seküler barış yasaları dönemi takip etmiştir; bunlar Cermen barış yasalarına benzer tarzda ilerlemiş; erken örnekleri Tanrı'nın Barışı beyannamelerine benzer örüntüdeyken sonraki örnekler, sözleşme formundan ziyade yasa yapma faaliyeti formundadır. Bunlar usul, borçlar, evlilik ve kamuya karşı suçları düzenlemiş ve Almanya'da olduğu gibi kraliyet memurlarının rollerini artırmıştır. 1192'de II. Alfonso'nun kundakçılığa ilişkin çıkardığı yasa -o dönemde Barselona kontları aynı zamanda Aragon kralıydı- İmparator Frederick Barbarossa'nın 1186'da kundaklamaya ilişkin çıkardığı yasayla paraleldir.

1173'te Katalonya'da Roma hukuku resmen tali hukuk olarak kabul edilmiştir. Bu, elbette, mevcut Katalonya hukukunun boşluklarını doldurmak için başvurulan ve üniversitelerde öğrenilen Roma hukukuydu.

1247'de Aragon'u 1213'ten 1276'ya dek altmış yıl boyunca yöneten Kral I. Jamie, Aragon yasalarını kodlaştırarak yayımlamıştır. *Libro de Huesca* adlı bu kanunname, kanon hukukunun ve Roma hukukunun özellikle veraset, sözleşme ve ispatla ilgili bir dizi unsurunu içermektedir.[56] Huesca Piskoposu tarafından hazırlanan kanunname hukukun, sekiz kitaptan oluşan ve esas olarak medeni hukuk, ceza hukuku ve usul hukukuna hasredilmiş

---

me olan ve kendi türünde önde gelen bir metin olan Breviarium Alarici'nin yok edilmesi de (506'da II. Alaric tarafından yayımlanmıştır) dahildir.

[55] Bkz. Eugen Wohlhaupter, *Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Landfriedens in Spanien,* vol. 14 *Deutschrechtliche Beiträge,* ed. Konrad Beyerle (Heidelberg, 1933).

[56] Juan Beneyto Perez, *Manual de Histora del Derecho* (Madrid, 1960), ss. 101-128; E.N. van Kleffens, *Hispanic Law until the End of the Middle Ages* (Edinburgh, 1968), ss. 238-268.

sistematik bir sunumudur. Kralın mahkemeleri de dahil olmak üzere mahkemelerde uygulanması düşünülmüştür. Sonradan Jamie'nin halefleri tarafından çoğaltılmıştır, tıpkı *Usages of Barselona*'nın Kont I. Ramon Berenguer'in halefleri tarafından çoğaltıldığı gibi.

Kastilya ve Léon [Galiçya]. Bu iki krallık, on ikinci yüzyılın ikinci yarısı ve on üçüncü yüzyılın neredeyse tamamı boyunca birleşikti. Hukuki olarak ise bir şekilde Katalonya ve Aragon'dan sonra gelişmiştir. Bu iki krallığın hukuku da başlangıçta Tanrı'nın Barışı hareketinden doğmuş ve kanon hukukunun gelişimi ile Roma hukukunun canlanması itici güç olmuştur. Salamanca Üniversitesi 1200'lerin başında kurulmuş ve kısa sürede Roma hukukunun ve kanon hukukunun öğretildiği önemli bir merkez haline gelmiştir.[57] Üstelik krallık hukukunun gelişimi önemli ölçüde büyük kralların başarısından etkilenmiştir: III. Ferdinand (1217-1252), annesi olağanüstü zeki ve yetenekli bir Svabya prensesidir. Oğlu Alfonso el Sabio (Bilge Alfonso, 1252-1284) ve torununun oğlu XI. Alfonso'dur (1311-1350). Bu krallar, önemli yasalar çıkarmıştır ve *Fuero Real* (1255) ve *Siete Partidas* (1265) kapsamlı yasal metinlerin yayımlanmasından sorumludur.[58] *Siete Partidas*, sistematik bir incelemedir, yedi bölümden oluşur, başlık başlık düzenlenmiştir ve madde sayısı beş yüzün üzerindedir. Özünde Kastilya koşullarına uyarlanmış Roma hukuku ve kanon hukuku külliyatıdır. Ne var ki, gerçek hayatta derinlere nüfuz edememiş ve on üçüncü ve on dördüncü yüzyılların büyük krallarının Kastilya hukukunu bütünleştirme çabaları, yerellerin kendi geleneklerini koruma arzusu karşısında akim kalmıştır.

FLAMANYA

Toprakları bugün Belçika ile Hollanda'nın çoğunu kaplayan ve adları dışında her bakımdan kral olan Flaman kontları On birinci ve on ikinci yüzyıllarda, Batı hukukunun devrimci dönüşümünde eksiksiz bir rol üstlenmişlerdir. Tanrı'nın Barışı hareketi, on birinci yüzyılda Flamanya'da ortaya çıkmıştır ve barış beyannamelerinden en önemlileri 1034 ve 1099 tarihli barış beyan-

---

[57] İspanya'nın en eski üniversitesi Palencia 1208 ilâ 1214 yılları arasında kurulmuştur. 1239'da taşınmış ve belki de bir düzine yıl önce kurulan Salamanca Üniversitesi ile birleşmiştir. Salamanca hem Roma hukukunun hem de kanon hukukunun çalışıldığı önemli bir merkez haline gelmiştir.

[58] Beneyto Perez, *Manual*, ss. 110-123; von Kleffens, *Hispanic Law*, ss. 147-236.

nameleridir. İlk seküler barış beyannamesi (*Lanfriede*) 1111 tarihinde, ölümünden kısa bir süre önce Kont II. Robert'ın soylularını topladığı ve barış üzerine yemin ettirdiği bir meclis tarafından ilan edilmiştir. Bu belge, Flaman kent hukukunun ve Flaman *common law*'unun (arazi hukuku) gelecekteki gelişimi için büyük önem taşımaktadır. 1111, 1119, 1138 yıllarında ve sonrasında da sıklıkla Robert'ın haleflerince yenilenmiştir. Bu belge "eski Flaman hukukunun pek çok hükmünün temeli" olarak nitelendirilmiştir.[59]

Öte yandan hükümranlığı İngiltere kralı II. Henry ve imparator Frederick Barbarossa ile aynı zamana denk gelen ve Fransa kralı Philip Augustus ile üst üste gelen Kont Philip'in (1169-1191) Flaman hukukunun modern sistemini kurduğu söylenebilir. Philip "Flamanların ilk yasakoyucusu" olarak adlandırılmış;[60] yasalarını kısmen barış yasaları aracılığıyla vazetmiştir. Ayrıca o dönemde Avrupa'nın öncü ticaret merkezlerinden olan ve *Keure* adlı kendi yasalarına sahip Bruges de dahil olmak üzere, pek çok kente imtiyaz vermiştir. *Bailiff* adı verilen hukuk uygulayıcısı saray memurları sistemi aracılığıyla yargıyı merkezîleştirmiştir. Philip 1178'de *bailiff*lerin yetkilerine ilişkin bir yasa yayımlamıştır. Bu yasanın hükümlerinden birisine göre *bailiff*, henüz yargıç önüne çıkarılmadan evvel herhangi bir suçluyu tutabilirdi ve *bailiff*in yardıma çağırdığı birisi, buna riayet etmezse cezalandırılırdı.[61]

Philip'in ölümünü izleyen taht kavgalarından galip çıkan Henegau Kontu I. Balduin, Flamanya'yı yönetmeye başlamıştır. Kendi eyaletinde ünü çoktan yasakoyucu olarak yayılan Balduin, 1200'de Henegau için iki yasa çıkarmıştır. Bunlardan birisi *fief*ler diğeri ise ceza hukuku ve ceza usul hukukuna ilişkindir. Henegau'da, Flamanya'dan farklı olarak geleneklerin toplandığı *coutume générale* adlı bir derlem vardır. Balduin Flamanya'ya gittiğinde, Flamanya hukuku, gelenekleri ve tarihi üzerine olan çalışmalarını birleştirmeleri için eğitimli adamlarını da yanına almıştır.

---

[59] Leopold A. Warnkönig, *Flandrische Staats- und Rechtgeschichte bis zum Jahr 1305*, I (Tübingen, 1835) 127. Ayrıca bkz. Henri Pirenne, *Geschichte Belgiens*, I (Gothe, 1899); Raymond Monier, *Les Institutions centrales du Comte de Flandre de la fin du neuviéme siécle a 1384* (Paris, 1949).

[60] Warnkönig, *Flandrische Rechtsgeschichte*, s. 149.

[61] Ibid., ss. 160-162.

Her ne kadar Flamanya'da Balduin'den sonra güçlü hükümdarlar gelmese de yasa yapma faaliyeti on üçüncü yüzyılda da devam etmiş ve Flaman kontları, yönetimlerini kırsala doğru genişletmek ve adli ve idari aygıtları rasyonelleştirmek konusunda kısmen başarılı olmuşlardır. *Cas Reserves* ("mahfuz davalar") öğretisi, çeşitli suçlara ilişkin yargı yetkisini geleneksel yerel ve feodal yargıçlardan kontlara geçirmek için bir araç olarak geliştirilmiştir. On üçüncü yüzyılın sonlarında Flaman kontları amaçlarını gerçekleştirmek için, profesyonel yargıçlarının da tavsiyesiyle Roma hukukunun argümanlarını kullanmıştır. Ancak onların merkezîleştirme tutkuları, nihayetinde farklı yapıdaki; kendi hukukları olan ve kontların imtiyaz tanıdığı siyasi bütünler tarafından akamete uğratılmıştır: Flaman kentleri.

MACARİSTAN

Macaristan kralları, Avrupalı diğer hükümdarlarla yakın ilişki içindeydiler ve onlara benzemeye çalıyorlardı. Ancak başarıları daima geçici olmuştur zira soyluların geleneksel olarak kendilerine bağlı yetkileri çok güçlüydü. Nüfusun ağırlıklı olarak Cermen değil de Macar olması da onları farklı kılıyordu.[62] On üçüncü yüzyılın ortalarına gelindiğinde yaşanan Moğol istilası devleti merkezîleştirmeye yönelik ne varsa silip süpürmüştür. Yine de Macaristan'da; Batı uygarlığının periferisinde dahi hukuki dönüşümün izleri sürülebilir.

1074'te, iç savaşın ortasında Kral Geza, Papa VII. Gregorius'un yardımını istemiştir. Gregorius, Sicilya ve Hırvatistan'da başarılı olduğu taktiği uygulayarak, papalığın süzerenliğinin kabul edilmesi karşılığında yardım edeceğine söz vermiştir. Ancak Geza reddetmiş bunun yerine Bizans'tan gönderilen bir tacı kendisi giymiştir.

Geza'nın halefleri, Ladislas (1077-1095) ve Ladislas'ın oğlu Koloman (1095-1114) Macaristan'ın ilk yasakoyucularıdır. Ladislas, paganlara verilecek cezaları, kraliyet yargısının yönetimini, mülkiyetin korunmasını ve diğer meseleleri düzenleyen üç yasa çıkarmıştır. Sicilya Kontu Roger'ın kızıyla evli olan Koloman, seksen dört maddelik bir hukuk reformu yapmış ve bunların bir

[62] Macaristan için bkz. Thomas von Gogyay, *Grundzüge der Geschichte Ungarns*, I (Pest, 1851), 66-125; Dominic Kosary, *A History of Hungary* (Philadelphia, *1906*), ss. 50-61; E. Pamlenyi, ed., A History of Hungary (Budapest, 1973), ss. 29-61.

kısmı babasının yasalarının sertliğini azaltmıştır. Büyüyle yapılan yargılamaları yürürlükten kaldırmış; mahkemelerin sayısını artırmış, düello ile yargılamayı sınırlandırmış, yasal sınırlar getirmiş ve usulü düzenlemiş ve lâik yaptırımlar ile kilisenin yaptırımları arasında keskin bir ayrım yapmıştır.

1172'ye dek içeride bir reform yapmakla ilgilenen güçlü bir hükümdar; III. Bela (1172-1196) ortaya çıkmamıştır. III. Bela, Fransa kralı VII. Louis'nin kızı ve İngiltere kralı II. Henry'nin oğlu Genç Henry'nin dul eşi Capetli Margaret ile evlenmiştir. Bela'nın hükümranlığı boyunca pek çok Macar entelektüeli Paris'e öğrenim görmeye gitmiş; Batılı modelleri örnek alan yeni idari organları, şansölyelik dahil, oluşturmak için dönmüşlerdir.

Ne var ki, Bela'nın halefleri, onun merkezîleşme politikalarını sürdürememişlerdir. 1222'de kraliyet mekanizmasına bir tepki olarak soylular ve küçük arazi sahipleri, Kral II. Andrew'u *Golden Bull*'u imzalamaya zorlamıştır. *Aranybulla* (*Golden Bull*) İngiltere'deki 1215 tarihli Magna Carta ile Almanya'daki 1232 tarihli *Statutum in favorem Principum* gibi bir belgedir ve dönemin kraliyetin yetkilerini daraltan hukuki kavramlarına dayanmaktadır. Otuz bir maddesinden birisi, bir soylunun yasaya uygun biçimde yargılanıp cezalandırılmadıkça hapsedilmesini yasaklamaktadır. Bir diğer madde ise kraliyet yargısının baş yargıcının, hayatı ya da mülkiyeti ilgilendiren davaları, kralın bilgisine sunulmadan önce görmesini yasaklamaktadır. Diğer hükümleri, küçük arazi sahiplerinin haklarını güvence altına almakta ve yönetimin kötüye kullanımının diğer biçimlerini düzenlemektedir. Soyluların kralın yasaya aykırı faaliyetlerine direnme hakkı da tanınmıştır. Kısmen Aranybulla'nın etkisiyle Macaristan'da krallık hukuku, Avrupa'nın on üçüncü yüzyılın başlarındaki diğer ülkelerine kıyasla zayıf kalmıştır. 1241'deki Moğol istilası ise bütün ülkeyi harap etmiştir.

DANİMARKA

Danimarka'da hukukun gelişimi gecikmiştir, fakat etkileyicidir.[63] On üçüncü yüzyılın başlarında Kral II. Canute vergi salmak, para cezalarını toplamak ve genel olarak kraliyet otoritesini hâkim kılmak istemiş ama tahttan indirilmiş ve katledilmiştir.

---

[63] Bkz. T. K. Derry, *A History of Scandinavia* (Minneapolis, Minn., 1975); John Danstrup, *A History of Denmark* (New York, 1947).

Ancak 1241'de II. Valdemar, ilk resmî İskandinav yasa derlemesi olan *Jutae Logh* Jutland Yasaları'nı yayımlamıştır.[64] Jutae Logh, yine Valdemar dönemindeki özel kişilerin iki çalışmasından, Skane yasaları ve Zilen yasalarından öncedir.

Jutae Logh üç kitaptan ve toplam 242 bölümden oluşmaktadır. Eşya hukuku, medeni hukuk ve ceza hukuku arasında kaba bir ayrım yapılmıştır. Örf ve âdet hukuku, önceki hükümdarların kararnameleri ve Scleswig kentinin yasaları, hukukun başlıca kaynaklarıdır. Roma hukukunun doğrudan etkisi görülmez ancak kanon hukukunun etkisi aşikardır. Başlangıcının ilk cümleleri şöyledir:

> Topraklar hukuka uygun şekillendirilecektir. Her erkek kendisinin olanla yetinse ve diğerlerine de aynı hakkı tanısaydı hukuka gerek duyulmazdı. Hukukun olmadığı topraklarda [erkek] alabileceğinin en fazlasını alırdı ancak yasalar herkesin ihtiyaçlarını karşılamak için yapılmıştır. Bu ülkede hukuku koruyacak ve adaleti tesis edecek olan; himayesiz dullar, çocuklar, hacılar, yabancılar ve yoksullar, yani haklarına en çok tecavüz edilen her kim olursa olsun, dara düşenleri koruyacak olan kralın ve liderlerin makamıdır.[65]

Tanık beyanıyla aklanmanın yerini jüri ile yargılamanın alması Jutland yasalarının diğer "modern" özelliklerinin arasında yer almaktadır.

Danimarka'nın bu dönemde Batı hukukunun dönüşümüne dahlinin diğer örnekleri ise, şansölyeliğin, kraliyet memurlarının ve eyalet memurlarının oluşturulmasıdır. Soyluların oğulları, sıklıkla eğitim almak üzere Paris'e gönderilmiştir.[66]

1275'te Norveç'in ilk kanunnamesinin adıyla müsemma bir kral olan Magnus *Lawmender*[67] tarafından yayımlanmasında da muhtemelen Danimarka'nın etkisi bulunmaktadır.

---

[64] *Das jutsche Law, aus dem Danischen übersetzt von Blasius Eckenberg,* ed., N. Falck (Altona, 1819).

[65] Danstrup, *Denmark,* ss. 28-31. Girişin bölümleri doğrudan kanon hukukundan alınmıştır.

[66] Derry, *Scandinavia,* s. 66.

[67] *Law* hukuk, *mender* tamirci, onaran, düzelten anlamlarına gelmektedir. Muhtemelen bu nedenle kralın adı özellikle vurgulanmıştır -ç.n.

Krallık Hukuku ve Kanon Hukuku

On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Avrupa'nın çeşitli krallıklarında ve prensliklerinde gelişen krallık hukuku sistemlerinin pek çok ortak özelliği bulunmaktaydı. Aynı zamanda her biri Batı Hıristiyan aleminde hüküm süren kanon hukuku sistemi ile yapısal benzerlik taşıyordu. Her krallıkta ya da prenslikte, krallık hukuku ile kanon hukuku birbirlerini tek bir hukuk düzeninin iç içe geçmiş parçaları olarak nitelenebilecek şekilde tamamlamaktaydı.

1. Hem kanon hukuku hem de krallık hukukunun görevleri ve yargı çevreleri sınırlıydı. Kanon hukuku, günahtan ve inancın zedelenmesinden doğan hukuk davalarında ve ceza davalarını ele almakta görevli olduğunu iddia ederken; krallık hukuku serbest toprakların müsaderesinden ve kralın barışının bozulmasından doğan davalarda görevli olduğunu iddia etmiştir. Kanon hukuku, ruhbanlar ile kilisenin malvarlığına ilişkin davalarda olduğu kadar günah işlemekle ve inançsızlıkla suçlanan lâiklerin davalarında da yetkili olduğunu ileri sürerken; krallık hukuku mülk sahipleri ile suçlular üzerinde olduğu kadar tahtı ve kraliyet mülkünü ilgilendiren diğer meselelerde de yetkili olduğunu ileri sürmüştür. İki hukuk sisteminin görev ve yetkileri belirli noktalarda örtüşmüş belirli noktalarda ise çatışmıştır. Yine de her iki sistem de uzunca bir süre aşağı yukarı uyum içinde birlikte var olabilmişlerdir.

2. Hem kanon hukuku hem de krallık hukuku, hukukun genellik ve nesnelliği aradıkları dışsal kaynaklarında temellenmiştir. Her ikisi de bu kaynakları, ilahi hukuk ile doğal hukukta (akıl ve vicdan) bulmuştur. Üstelik kanon hukuku, kilise konsüllerinin, papaların ve yetkili diğerlerinin kurallar koyduğu kanonlarla kararnameler de dahil olmak üzere kutsal metinlere bakarken; krallık hukuku da genellikle kraliyetin vazettiği yasalara (ki, bütününe bakıldığında çoğu kilisenin yasalarından az çok daha detaylıdır) bakmıştır. Her ne kadar krallık hukuku kanon hukukundan daha fazla geleneklere dayanmışsa da iki sistem de örf ve âdeti hukukun önemli bir kaynağı olarak değerlendirmiştir. Yargılama usulüne gelince kanon hukuku, yemin altındaki soruşturmalardaki tanıklığa dayanmıştır ve krallık hukuku sistemlerinin pek çoğu da aynısını yapmıştır. Öte yandan İngiliz krallık hukuku, on üçüncü yüzyıldaki mahkeme olarak toplanan İngiliz parlamentoları ile kanon hukukunun usulünü kendi amaçlarına

uygun olarak iktibas eden on dördüncü ve on beşinci yüzyılların şansölye mahkemeleri dışında, komşuların yeminli tanıklığını esas almıştır. Cermen krallık (ya da dükalık) mahkemeleri ise hüküm süren geleneklere göre yeminli ifade veren hukuk sözcülerini esas almıştır (*Schöffen*).

3. Hem kanon hukuku hem krallık hukuku sistematize edilmiştir ancak kanon hukuku, çok daha fazla hatta diriltilen Roma hukukundan bile fazla sistemleştirilmiştir. Roma hukuku "besleme"ydi, sıklıkla "tali hukuk" olarak adlandırılmasına rağmen herhangi bir yargı çevresinin pozitif hukuku değildi ve yönettiği söylense de hiçbir zaman yöneten hukuk olmamıştı.

Kanon hukuku (Roma hukuku gibi) bir üniversite disipliniydi, "bilim"di. Krallık hukuku, örf ve âdet hukukuna yakındı; entelektüel bir biçim kazanması kolay olmamıştı. Krallık hukukunun ilk olarak emirname sisteminin sınırları içinde geliştiği İngiltere'de, *analoji* giderek genişleyen yargısal çözümlerde önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle de *genelleştirme* ve *sentez* daha sınırlı bir rol oynamıştır. On dördüncü yüzyılda *Inss of Court*'larda *common law* çalışılırken ve öğretilirken dahi, ağırlıklı önem teknik boyutlara verilmişti. Kuşkusuz Glanvill İngiliz krallık hukuku üzerine iyi bir kitap yazmıştı ancak kitap esasında emirnamelerin yorumuydu, bir inceleme (*tractatus*) yahut özlü bir çalışma (*summa*) değildi ve kanon hukukçularının monografileri yahut kanonik dilekçe biçimleri (*libelli*) biçiminde yazılmıştı. Bir sonraki yüzyıldaki Bracton'un muazzam incelemesi ise dikkate değer ölçüde özlüydü ve *summa* olarak adlandırılmıştı. Ancak nesiller sonra başvurulmaz hale gelmişti ve onu tamamlayan ya da yerini alacak bir eser gelmemişti. Sicilya, Normandiya, Fransa ve Cermen dükalıklarında ve diğer yerlerde, krallık (ya da dükalık) hukuku İngiltere'de olduğu gibi, kanon hukukundan daha fazla sistemleştirilmişti. Beaumanoir'inki ya da *Sachsenspiegel* gibi Fransız ve Cermen "common law"unu özetleyen birkaç çalışma vardı ancak temas ettikleri Roma hukuku dersleri ile geleneğin hukukun kaynağı olarak değerlendirildiği dersler dışında bu konuların öğretildiği bir üniversite eğitimi yoktu. Krallık hukukunun, seküler hukukun diğer formları gibi entegre, sürekli ve özerk bir hukuk gövdesi olarak kabul edilmesi için ders kitaplarında resmedilmesine yahut üniversite derslerinde öğretilmesine ihtiyaç duyulmamışken; hukuk bilimi, modern kanon hukuku sisteminin yaratılmasının olmazsa olmazıydı.

Bu iki hukukun sistematize edilmesinin derecesi ve karakterindeki farklılıklar kısmen ruhani ve seküler yönetim kavramlarındaki farklılıklarla açıklanabilir. Seküler yönetim tanımı gereği, ruhani yönetimden (kilise) daha kaotik, daha düzensiz, daha amaçsızdı. Seküler yönetimin kurtarılması ve yenilenmesi gerekiyordu. Kuşkusuz seküler hukuk bu ihtiyacı karşılamaya çalışırken akla tabiydi; bilimsel ve sistematik olma iddiasındaydı; adalet ve hakikat kriterlerine göre sınanıyordu. Ancak geleneğe yakındı ve bu nedenle düzensizliğe ve şiddete daha meyyaldi. Aynı zamanda daha fazla formaliteye gömülmüştü. Bu iki nedenle de -geleneğe yakınlığı ile formel niteliği- sistematize edilmesi zordu.

Yine de 1200 yılındaki krallık hukuku -Sicilya, İngiltere, Fransa, Cermen dükalıkları ve diğerlerdeki- aynı ülkelerin 1000 yılındaki krallık hukuku ile kıyaslandığında, sistematizasyonun başarı derecesi ve geleneğin ve formalizmin baskısından kurtulma ölçüsü çarpıcıdır.

4. Bu üç ilkeye uygun olarak yönetilmelerine ek olarak -görev ve sınırlı yetki, otoritenin dışsal kaynaklarına dayanma ve bilinçli sistematizasyon- hem kanon hukuku hem de krallık hukuku nesiller boyunca bilinçli gelişme ilkesiyle de yönetilmiştir. Her ikisi de sadece bir sistem olmakla değil aynı zamanda devam eden sistemler olmakla da öngörülmüştür. Kanon hukukunda süreklilik niteliği, kilisenin ve papaların yasama faaliyetlerinin bilinçli sürekliliği ile olduğu kadar yargı kararlarının papalık ve kilise mahkemeleri tarafından kuşaklara aktarılması ile de ifade edilmiştir. Bu nitelik ifadesini ayrıca (hukuku) öğretme ve öğrenmenin bilinçli sürekliliğinde de bulmuştur. Krallık hukukunun çeşitli sistemlerinde bilinçli gelişme ya da süreklilik ilkesi kraliyet yasamasının ve yargısının sürekliliğinde olduğu kadar (hukuku) öğretme ve öğrenmenin sürekliliğinde de bulunabilir.

5. Son olarak hem kanon hukuku hem de krallık hukuku, bütün yasaların kendi içinde belli amaçları; adalet diye tanımlanan inanç, olduğu inancı ile model olmuştur. Bu içkin amaçlar hukuk kurallarının ve tekniklerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına yol göstermiştir. Böylece her ne kadar kurallar olmadan işlevsiz olacaklarsa da ne krallık hukuku ne de kanon hukuku, sadece kurallar bütünü olarak öğretilmiştir. Her ikisi de tutarlı bir sistemde kuralların gövdeyi biçimlendirdiğini kabul etmiştir. Her ikisi de kuralların konulma, yorumlanma ve uygula-

ma biçimini adalete içkin amaçların gerçekleştirilmesi süreci olarak addedilmiştir. Aristoteles hakkaniyeti "yasanın genelliği nedeniyle kusurlu olduğu yerde düzeltilmesidir" diye tanımlamıştır. Hakkaniyet adalettir ancak belli bir türdeki adaletten daha iyidir demiştir. Bu tür adalet "[g]enel olarak söylemek gerektiğinde ancak böyle yapmak imkânsız olduğunda, yasa en genel meseleyi alır ve bunun doğru olmadığının gayet farkındadır". Böyle durumlarda "doğru olan ... kusuru gidermektir, yasakoyucu o dönemde olsaydı yapacağı gibi ya da meselenin farkında olsaydı yapacağı gibi".[68] Bu geniş hakkaniyet kavramı Stoa düşüncesine oradan da Doğu ve Batı Hıristiyan alemine taşınmış; Iustinianus'un Roma hukukunda da iyi niyet, sebepsiz zenginleşme ve gerçek adalet gibi benzeri öğretilerde kendisini göstermiştir. Ne var ki, on birinci yüzyılda ve on ikinci yüzyılın başlarında kilise Aristoteles'in felsefesini ve Roma hukukunu yeniden ele alırken, hakkaniyet kavramına yeni bir kültürel ve törel içerik kazandırmıştır. Bilhassa hem kanon hukuku hem de krallık hukuku, önceki ve daha genel hakkaniyet kavramına Hıristiyan vicdanının özgül şartlarını eklemiştir: Yoksulların ve çaresizlerin (dul ve yetimler dahil) korunması, güven ve mahremiyet ilişkilerinin güçlendirilmesi (hayır amaçlı bağışlar da dahil) ve diğer gereklilikler.

On dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda İngiltere'de iki esas ana mahkemesi bu hususlardaki görevlerini sınırlandırdığında; kralın şansölyesi ki o dönemde Roma Kilisesi'nde neredeyse değişmeyen yüksek bir görevliydi, "vicdan yararına" ve "hakkaniyet aşkına" istisnai bir yargı yetkisi kullanmaya başlamıştır. Diğer Avrupalı krallık hukuku sistemlerinde ve İngiltere'de on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda ise hakkaniyet, "hukuk"tan ayrı bir şey olarak düşünülmemiştir. Aksine hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Kanon hukukunda olduğu gibi kraliyet mahkemelerinde de hakkaniyet, adaletin tecellisi için, ("istisnai") durumlarda hukukun hukuka eski kuralları yeniye uyarlama kapasitesini veren boyutuydu.

Benzer karşılaştırmalar krallık hukuku ile diğer seküler hukuk sistemleri -feodal hukuk, malikane hukuku, kent hukuku ve merkantilist hukuk- ile de yapılabilir. Krallık hukuku, diğer hu-

---

[68] Aristotle, *Nicomachean Ethics,* 5.10.1137b11-28, Richard Mckeon, ed. *The Basic Works of Aristotle* (New York, 1941) içinde s. 1020.

kuk sistemleri ile kanon hukukunun krallık hukukuna dayandığı gibi bir ilişkiye dayanmaktadır ve onlarla karşılaştırıldığında daha kapsamlı, daha sofistike ve daha gelişmişti ya da en azından izleyen yüzyıllarda hızla böyle olacaktı. Kilise'nin kanon hukukuna on altıncı yüzyılda saldırıldığında, bu saldırıda öncü rol oynayan kralların ve prenslerin hukukuydu. Zira malikane hukuku neredeyse tümden kaybolmuştu, feodal hukuk geçmişin bir kalıntısı olarak ayaktaydı, kent hukuku ile merkantilist hukuk ise büyük ölçüde krallık hukukuna tabi olmuştu.

Sonuç

Batı tarihinin büyük devrimlerinden ilki, imparatorların, kralların ve lordların ruhbanlar üzerindeki egemenliğine karşı Roma Kilisesi'ni papalığa tabi bağımsız, tüzel, siyasi ve hukuki bir varlık olarak kurmak için yapılmıştı. Kilise, artık hepsinin ötesinde lâiklerin kurtuluşu ve dünyanın adalet ve barış doğrultusunda hukuk aracılığıyla yeniden düzenlenmesi için çalışacak ruhbanlar olarak görülüyordu. Ne var ki, bu Papalık Devrimi'nin sadece bir yanıydı. Diğer yanı, özerk, kendi kendisini yöneten kentlerin kurulması olduğu kadar imparatorların, kralların ve lordların siyasi ve hukuki otoritelerinin artmasıydı. Yine bir başka yanı ise özellikle tarımda, ticarette ve zanaatlerdeki ekonomik faaliyetin artmasıydı. Bir diğer yanı da üniversitelerin kurulması ve teoloji ve hukuk bilimlerinin yeni gelişimiydi. Elbette başka boyutları vardı. Özetle Papalık Devrimi toptan bir değişim niteliği taşıyordu; sadece yeni bir cenneti değil yeni bir yeryüzünü de tahayyül etmişti. Atama Mücadelesi bunun sadece bir bölümüydü. Gregoryen Reform da sadece bir bölümüydü.

En azından bir nesil boyunca Papalık Devrimi'ne hazırlanılmıştır. Devrime yönelik ilk açık adımlar papalık tarafından 1050 ile 1060'larda atılmıştır. 1059'da Roma Sinodunda II. Nicholas, ilk defa atama yetkisini imparatordan papaya geçirerek papayı lâiklerin atamasını yasaklamış ve papaların kardinaller tarafından seçilmesi usulünü getirmiştir. 1075'te Papa VII. Gregorius, yayımladığı Papa'nın Buyrukları'nda imparatora meydan okumuştur. 1076'dan 1122'ye dek Avrupa'nın çeşitli bölgelerinde papalığın ve programının taraftarları ile karşıtları arasında savaşlar olmuştur. Nihayet uzlaşmaya varıldığında ise iki taraftan da kazanan olmamıştır.

Papalık Devrimi Batı hukuk geleneğini doğuran toptan bir alt üst oluştur.

Batı Kilisesi'ne, kendisinin papalığa tâbi yeni, görünür, tüzel hukuki varlığını sürdürmesi için bir hukuk sistemi gerekliydi. Bu nedenle meşruluk kaynağı, merkezî kilise otoritelerinin denetim aracı ve ruhbanların bir bütün olarak bağımsız tüzel varlıklarının

etkili bir sembolü olarak kanon hukukunun teoloji ve litürjiden ayrılmasına, rasyonelleştirilmesine ve dizgeleştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Yeni *ius canonicum* kilisenin farklı seküler otoritelerle ilişkilerinin sürdürülmesi için de zaruriydi. Görece özerk ve rasyonel hukuk sistemlerine meşruiyet kazanmak, yeni gelişmekte olan merkezî denetimlerini etkili kılmak ve yönetimler arasındaki rekabette kendilerini korumak için seküler otoriteler de ihtiyaç duymuştur.

Yeni hukuk sistemlerine duyulan ihtiyaç sadece pratik politik değil; aynı zamanda törel ve entelektüel bir ihtiyaçtı. Hukuk inancın tam da özü olarak görülmeye başlamıştı. Öyle ki, 1220'lerde ilk Cermen hukuku kitabı *Sachsenpiegel*'in yazarı "Tanrı yasadır ve bu nedenle yasa ona bağlıdır" diye yazmıştır. Bu Atama Mücadelesi'ni sonlandıran Worms Anlaşması'ndan neredeyse bir yüzyıl sonraki Papalık Devrimi'nin felsefesinin doğrudan ifadesidir. Aslında Worms Anlaşması'nın ruhunun doğrudan ifadesidir. 1075'ten önce Batı'da hiç kimse bunu söyleyemezdi; 1122'den sonra ise şu ya da bu şekilde sıradanlaşmıştı. Hukuk, Batı Hıristiyan aleminin Tanrı'nın krallığını yeryüzünde kurma görevinin başarıyla gerçekleştirilmesinin bir yolu olarak görülmüştür.

Papalık Devrimi, beş yüzyıl önce Papa I. Gelasius'un öne sürdüğü çifte kılıçlar kuramının yeni bir biçimini de doğurmuştur. Kuramın önceki hali Hıristiyan hayatının dünyevi ve ruhani alanlarının ilişkisini almıştı. Ancak Papalık Devrimi'nin teorisyenlerine göre esas mesele kilise otoriteleri ile lâik otoritelerin dünyevi alandaki ilişkileriydi. Ruhani kılıcı elinde tutacak olan görünür, tüzel, siyasi ve hukuki bir varlık olan kiliseydi ve bu kılıç sadece öte dünyadaki yaşamı değil, aynı zamanda kilisenin malvarlığının yönetimi, ruhbanların faaliyetleri, iş ahlakı, aile ilişkileri de dahil olmak üzere bu dünyadaki birçok meseleyi; aslında ahlak ve inanç başlığı altında toplanabilecek her şeyi düzenleyecekti.

Ruhani kılıç ilk defa bir sisteme ve hukuk biliminin içine; Gratianus'un ve on ikinci on üçüncü yüzyılların büyük hukukçu-papalarının dizgeleştirilmiş ve rasyonelleştirilmiş kanon hukukuna yerleştirilmiştir. Papalık bu hukuk sisteminin işlemesi için gereken yönetim araçlarıyla bürokratik aygıtları da geliştirmiştir; profesyonel yargı, hazine ve şansölyelik. Bu Batı'nın ilk modern yönetim ve hukuk sistemidir ve sonunda biçimini gelecek nesillerde alan seküler yönetimlerce de taklit edilmiştir.

Şekil 2: 11.-13. yüzyıllar arasında kanon hukuku, kent hukuku, krallık hukuku ve feodal hukuk

	Roma Hukuku Dahil Kanon Hukuku	Kent Hukuku	Krallık Hukuku: Sicilya	Krallık Hukuku: İngiltere ve Normandiya	Krallık Hukuku: Fransa	Krallık Hukuku: Flamanya, Macaristan; Feodal Hukuk
1030						1037 İmparator II. Condrad'ın Feodal Yasası
1040	1040 Cluny Manastırının Tanrının Barışı					
	1049 Papa IX. Leo (1049-1054)					
1050	1054 Doğu ve Batı Kiliselerinin Ayrılması	1056 Ceneviz Gelenekleri				
		1057 Milano'da komün kuruldu.				
	1059 Doğu ve Batı Kiliselerinin Ayrılması		1059 Robert Guiscard Papa tarafından Apulia ve Calabria Dükü ilan edildi.			
1060						
		1066 Londra'ya berat verildi		1066 I. William (1066-1087) Norman Fatihi		1068 Barselona'nın adetleri
1070						
				1072 Dini ve dünyevi alanları ayıran kararname		
	1073 Papa VII. Gregorius (1073-1085)	1073 Worms'a özgürlük verildi 1074 Köln Başpiskoposuna karşı ayaklanma				
	1075 Papanın Buyrukları Atama Mücadelesi (1075-1122)	1075 Cambrai'de yeminli komun				1077 IV. Henry azledildi
	1077 İmparator IV. Henry Canossa'da	1077 Mainz'e özgürlük beratı verildi.				Forcheim Meclisi İmparatorun prensler tarafından seçilmesi Macaristan Kral Ladislas (1077-95) Üç krallık yasası
	1078 Anselm, On the Existence of God					
1080	1080 Digesta'nın keşfi IV Henry Papa Gregorius tarafından azledildi.	1080 Lucca ve Pisa'ya IV.Henry berat verdi.				1082 Littich Tanrının Barışı
		1084 Pisa'da sabit süreli konsül seçildi	1085 Sicilya Kontu I. Roger (1085-1105)	1085-86 Tapu Sicilleri		1085 İmparatorluğun Tanrının Barışı
	1087 Bologna'da hukuk okulu kuruldu.					1093 Swabya Barış Yasası
1090	1095 Chartres'lı Ivo	1095 Amalfiion Table Decretum				1095 Macaristan Kral Koloman (1095-1114). 84 maddelik hukuk reformu

	Roma Hukuku Dahil Kanon Hukuku	Kent Hukuku	Krallık Hukuku: Sicilya	Krallık Hukuku: İngiltere ve Normandiya	Krallık Hukuku: Fransa	Krallık Hukuku: Flamanya,Macaristan; Feodal Hukuk
	1096 1.Haçlı Seferi 1097 Anselmus "Why God Became man" 1098 Sistersiyan Tarikatı kuruldu.					
1100	1107 Bec Anlaşması, İngiltere ve Normandiya'da atama mücadelesi sona erdi.	1106 Köln'de Bağımsız Belediye Yönetimi ve Kent Hukukunun kurumsallaşması		1100 I.Henry (1100-1135) Hazinenin ve mali raporların kökeni, adaletin yönetimi ve idaresi rasyonelleşti. 1107 Bec Anlaşması, İngiltere ve Normandiya'da atama mücadelesi sona erdi.	1108 VI. Louis (1108-1137) ve VII. Louis (1137-1180) krallık hakimiyeti ile de Fransa'yı aşt. daha merkezi idari ve hukuki kurumlar doğdu.	1100 Libri Feodorum 1103 İmparatorluk Barış Yasaları
1110		1115 Oleron Kayıtları	1112 II Roger (1112-1154) [illegible] hazine, profesyonel kraliyet mahkemesi,geçici yargıçlar,bailiflerin yaratılması,*catalogus baronum*	1118 Leges Henrici Primi		1111 Flamanya. İlk seküler barış yasası
1120	1122 Peter Abelardus, Sic et Non Worms Anlaşması İmparatorlukta ki atama mücadelesi sona erdi.	1120 Freiburg'a berat verildi. 1127 Saint Omer'e berat verildi 1129 Magdeburg Piskoposuna karşı başarısız ayaklanma.				1122 Worms Anlaşması 1125 Mainz Meclisi: Lothar'ın seçilmesi (1125-1138)
1130	1130 Imerius'un ölümü 1139 Peter Abelardus Ethics, II. Lateran Konsölü	Londra'ya I.Henry tarafından şerifleri seçme hakkını kabul eden berat verildi.	1136 Kralın temsilciliği kuruldu.			

	Roma Hukuku Dahil Kanon Hukuku	Kent Hukuku	Krallık Hukuku: Sicilya	Krallık Hukuku: İngiltere ve Normandiya	Krallık Hukuku: Fransa	Krallık Hukuku: Flamanya,Macaristan; Feodal Hukuk
1140	1140 Gratian, *Concordance of Discordant Canons*	1142 Pisa Beratı	1140 Ariano Yasaları			
		1143 Kont Adolf Lübek'i kurdu				
	1147 Papa Eugene tarafından din adamlarının laik mahkemelerine katılmamaları emredildi			1150 Vacarius Oxford'da		
	1151 Peter Lombard. *Sentences*					
		1153 Lübek'e Aslan Henry berat verdi				1152 Frederick Barbarossa seçildi İmparatorluk barış yasası (1152-1190)
			1154 I. William (1154-1166)	1154 II. Henry (1154-1189)		1154 Bavyera ve Saksonya Dükü Aslan Henry (1154-1180) Yargısal yetki genişledi, yönetim rasyonelleştirildi. Münih kuruldu.
						1155 Frederick Barbarossa Roma'da taç giydi. "dört doktor" un danışmanlığında.
						1156 Avusturya dukalığı kuruldu.
						1158 Roncaglia Meclisi
	1159 Papa III. Alexander Salisbury'li John Policraticus					
1160						1160 Privilegium Minus for Austria
		1161 *Constituta Legis et Usus of Pisa* 1162 Frederick Barbarossa Milano'yu tahrip etti.				1162 Forcalquier bölgesi yasası
	1164 İngiliz Kilisesini düzenleyen Clarendon yasaları II.Henry tarafından çıkarıldı.			1164 Clarendon Yasaları		
			1166 I. William krallık yasaları ruhban dokunulmazlığını verdi ve her özgür kimsenin ruhban olmasına izin verdi.	1166 Novel Disseisin yasaları		
		1167 Lombard birliği kuruldu 1169 Milano'da Podesta kuruldu. 1169-1191 Brugges ve diğer Flaman kentlerine kont Philip'in yönetimi boyunca berat verildi				1168 Würzburg Kuruldu. 1169 Flamanya: Kont Philip (1169-1191) barış yasaları aracılığıyla yasama
1170	1170 "4 doktor"la bilinen Bulgarus'un ölümü. Becket öldürüldü			1170 Becket öldürüldü.		
	1172 II. Henry Avranches'te Clarendon yasalarının saldırgan hükümlerini iptal etti.				1172 Şövalyelik hizmetlerinin soruşturulması	1172 Macaristan, kral III.Bela(1172-1196) yönetimin merkezileşmesi ve rasyonelleştirilmesi

	Roma Hukuku Dahil Kanon Hukuku	Kent Hukuku	Krallık Hukuku: Sicilya	Krallık Hukuku: İngiltere ve Normandiya	Krallık Hukuku: Fransa	Krallık Hukuku: Flamanya,Macaristan; Feodal Hukuk
				1176 Geçici mahkemeler 1178 Court of common pleas 1179 Inquest procedure under writ of right *Dialogue of the Exchequer*		
1180	1179 III.Lateran Konsülü	1181 Frederick Barbarossa Lübeck'i ele geçirdi			1180 II.Philip Agustus (1180-1223) Fransız yönetim yapısı rasyonelleştirildi. Bailif ve kethudalık kuruldu. Krallık mahkemelerinde usul yeknesaklık tesis edildi	1179-80 Aslan Henry Yargılandı Wittelbach hanedanı Bavyera'ya yerleşti *Reichsfürstenstand instituted*
		1183 Peace of Constance "Magna Carta of communal liberties"				
						1185 Assise au Comte Geoffroy 1186 kundakçılık yasası
				1187 Glanvill Treatise on the Laws and Customs of the Kingdom of England		
1190	1190 *Huguccio, Summa*	1188 Magdeburg reformu: Magdeburg yasalarının ilk kodifikasyonu				
				1193 Hubert Walter Canterbury'ye Başpiskopos ve Kral'ın temsilcisi olarak atandı.		
	1198 Papa III. Innocent(1198-1216)			1199 Kral John (1199-1216)		
1200		1200 Kral John Ipswich'e berat verdi.		1200 Très ancien coutumier de Normandie		1200 Charte Féodale for Hainaut
				1204 Fransızlar Normandiya'nın fethini tamamladı.		1204 Viztum'un Bavyera makamı, adaletin bürokrasisini ve yönetimini rasyonelleştirme adımları takip edildi.
			1208 II.Frederick(1208-1250) Napoli Üniversitesi ve Kraliyet Memurluğu Kuruldu. Kraliyetin yargısal yetkileri genişledi.	1209 John Papa tarafından aforoz edildi		1212 II.Frederick (1212-1250)
1210				1213 İngiltere Papalık fiefi oldu.	1214 Bouvines Savaşı	
	1215 III.Lateran Konsülü papazların işkence ile yargılamaya katılması yasaklandı. Ekmek ve Şarap doktrini resmen kabul edildi.	1216 Book of Customs of Milan		1215 Magna Carta 1216 III. Henry(1216-1272)		
				1219 Ceza davalarına soruşturma usulü başlatıldı.		

	Roma Hukuku Dahil Kanon Hukuku	Kent Hukuku	Krallık Hukuku: Sicilya	Krallık Hukuku: İngiltere ve Normandiya	Krallık Hukuku: Fransa	Krallık Hukuku: Flamanya,Macaristan; Feodal Hukuk
1220	-					1220 Kilise Prensleri ile anlaşma
						1221 Eike von Repgow: Sachsenspiegel
						1222 Macaristan: Golden Bull
					1223 VIII.Louis (1223-1226)	
					1226 IX. Louis (1226-1270)	
1230			1231 Liber Augustalis			1232 Statute in favor of Princes
	1234 IX. Gregorius					
						1235 Mainz imparatorluk barış yasası.
1240						
						1244 Beş Büyük Bavyera barış yasasının ilki
1250	1250 Glossa Ordinaria of Accursius				1250 Paris Parlementosu yargı organı olarak kuruldu	
				1256 Bracton. İngiltere'nin yasaları ve gelenekleri üzerine		
				1258 ilk parlemento	1258 düello ile yargılama yasadışı ilan edildi.	
1260		1260 Breslav Magdeburg hukukunu iktibas etti				
						1274-5 Schwabenspiegel
1270						
					1277 Novel Disseisin Yasası	
1280						
					1283 Beaumanoir Customs of Beauvais	

On ikinci yüzyılın ikinci yarısı ile on üçüncü ve hatta daha sonraki yüzyıllardaki hukuk sistemlerinin sonraki gelişimini, on birinci yüzyıl ile on ikinci yüzyılın başlarındaki devrimci hadiselere bağlamak ilk başta garip görünebilir. Bu nedenle de sonraki gelişmeleri sonraki olaylara bağlamak daha mantıklı görünebilir. Kuşkusuz sonraki olaylar olmasaydı sonraki gelişmeler de olmazdı. Ancak Avrupa'nın on ikinci yzüyılın sonlarındaki ve on üçüncü yüzyıldaki bütün hukuk sistemleri daha önceki nesillerde oluşturulan sonuç ilkelerini göstermiş, içselleştirmiş ve taşımıştır. Bu Hegelyan "kavramların gelişimi" açısından anlaşılmamalıdır zira daha ziyade sadece bünyesinde maddi ve ideal faktörleri barındıran değil aynı zamanda uzun vadede belirli yönlerde değişime zorlayan büyük olaylarla da uğraşan Batı tarihinin dinamikleri olarak anlaşılmalıdır. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki hukuki kurumların gelişiminin izlerini on birinci yüzyılın sonunda Worms Anlaşması ile sonuçlanan Papalık Devrimi'nde sürmek; Birleşik Devletler'de on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda ırk eşitliğini sağlamanın izlerini İç Savaş Sonrası Amerikan Anayasası Değişiklikleri ile sonuçlanan on sekizinci yüzyılın sonundaki Amerikan Devrimi'nde sürmekten daha garip değildir. Böylesi bir süreklilik perspektifi olmadan ne Batı tarihinin dönemsel felaketlerini ne de bu felaketleri izleyen ve bu felaketlerin tekrarlanmasına siper olan müthiş gelenekleri anlamak mümkündür. Yenilenmeyi devamlılık ve büyüme, devrimi ise evrim izlemiştir.

Bir devrimin yapılmasının nesiller alması şaşırtıcı olmamalıdır. Özellikle de devrimin amaçlarının kurumsallaşmasıyla ve kurumsallaşma sürecinden kaynaklanan zorunlu tavizlerle ilgileniliyorsa uzun vadeli hareketler hesaba katılmalıdır. Papalık Devrimi söz konusu olduğunda, iki esas amacı hukuka bağlı yönetim ve hukukun üstünlüğü -yöneticilerin yönetimlerini düzenli olarak hukuk kurumları aracılığıyla oluşturmaları gerektiği ve yönettikleri kurumlar aracılığıyla hukuki kurumlarla bağlı olmaları gerekliliği- Batı toplumu için hayli yeniydi. Eğer bu ilkeler güvence altına alınacaksa bunlar kabul edilmeli ve içselleştirilmeliydi ve bu ilkeleri ilk kez koyanların çocukları ve torunları tarafından da benimsenmeli ve uyarlanmalıydı.

Cermen halk hukukunun çoğu kurumu, usulü, kavramı ve kuralı Papalık Devrimi'nden sonraki yüzyıllar içinde kaybolmuştur. Bu birdenbire olmamıştır. Kan davası, kanon hukukunun ve

krallık hukukunun karşı duruşuna rağmen on beşinci yüzyılda Avrupa'nın çoğu bölgesinde devam etmiştir. Özellikle soylular arasında ailelerin çocuklarını kendilerinin istediği kişilerle evlendirmesi sürmüştür. Her ne kadar Cermen tanık beyanıyla aklanma usulü yeminli tanıklığa dönüşmüşse de yeminin geçerliliğinin tanığın statüsüne göre belirlenmesi eski formalizmin izlerini taşımaktadır. Bunlar eskinin sürdüğünü gösteren örneklerden sadece birkaçıdır. Ancak bütüne bakıldığında Cermen halk hukuku siyasi otoritenin; dinî ve seküler olmak üzere ikiye bölünmesinin ve kilise-devletin ve sonuç olarak seküler devletin oluşumu ile kilise hukukunun ve sonucunda seküler hukuk türlerinin rasyonelleştirilmesi ve dizgeleştirilmesinin etkisiyle ortadan kaybolmuştur.

Yine de hukukun rasyonelleştirilmesi ve dizgeleştirilmesinin yeni programı için bütünleşmiş bir Cermen halk kültürü zorunlu temeli oluşturmuştur. Batı yasalcılığının kökleri daha önceki komünteryanizmdedir. Papalık Devrimi'nin kendisi, halihazırda *populus christianus* olarak birleşmiş bir toplumda mümkün olabilirdi; kiliseyi kimin kontrol edeceği mücadelesi ve böylece "ideoloji"yi kimin yönlendireceği (bugün olsa böyle adlandırılırdı) meselesi ortak bir inancın ve kiliseye ortak bir sadakatin olduğunu varsaymıştır. Bunlarla ilişkili olan kilisenin zenginliğini kimin kontrol edeceği sorusu da bu zenginliğin dinî amaçlar uğruna kullanılması gerektiğine dair ortak bir inancın olduğunu varsaymıştır. Devrim, kendisinin gerçekleşmesi için gerekli ön koşul olan birliği paramparça etmiştir. Kanon hukukunun ve seküler hukukun yeni bölümlerini ve seküler hukuk bünyesindeki feodal hukuk, malikane hukuku, merkantilist hukuk, kent hukuku ve krallık hukuku ayrımının sınırlarını oluşturmuş ve kurumsallaştırmıştır. Her bölümün kendi içinde de aklın, geleneğin ve buyrukların ayrımı mevcuttur. Halihazırdaki birlik, ırkın, toprağın, sınıfın, ailenin ve inancın birliğiydi. Aslında her ne kadar bu çeşitli yeni, sistemleşmiş, devam eden, aşkın hukuk gövdeleri bu eski birlikleri kısmen korumaya niyetli olsa da bunlar daha önce hâkim olan formlardan hayli farklıydı.

Cermen halk hukukunun kendisi komünteryan ve özünde kabile toplumu ile birlikte bir parçaydı. Cermen miti, sanatı ve dili gibi halk hukuku da geleneğe nüfuz etmiş ve yerleşmiştir ve az ya da çok değişmez olduğu düşünülmüştür. Hıristiyanlık yeni dinamik bir unsur getirmiş; kabile geleneklerini şaibeli kılmıştır.

Ancak on birinci yüzyılın sonlarından evvel kimi istisnalara rağmen Hıristiyanlık Cermen halklarının kurumsal hayatına düzenli biçimde yansımamış; daha ziyade öte dünya inancının parçası olarak kalmıştır. Ne var ki, Papalık Devrimi, Hıristiyanlığı siyasi ve hukuki bir programa dönüştürmüş; kilise bir devlet haline gelmiştir. Kanon hukuku ilkin kilise-devleti bir arada tutan, ikincisi dünyaya yeniden düzen getiren spesifik bir araç haline gelmiştir. Ortaya çıkan diğer hukuk sistemleri de akla ve vicdana uygun olarak gelenekte reform yapmanın yollarını aramıştır. Yine de bu eski toplulukların tahrip edilmesi anlamına gelmemektedir, niyeti onları güçlendirmektir.

Aklı geleneğe hasretmek, yani makul olmayan gelenekler yığınını ayıklamak ve makul olanları hukuk sistemine dahil etmek en hafif ifadesiyle gözü pek bir programdı. Iustinianus'un *Digesta*'sının elyazmasının 1080'lerde Floransa'da bir kütüphanede keşfedilmesi hayli uygundu ve tümüyle tesadüf değildi ve kuşkusuz çok yakın bir zamanda Bologna'da bu el yazması üzerinde çalışılması için bir üniversitenin -Avrupa'nın ilk üniversitesi- kurulması da tesadüf değildi. Bundan böyle artık hukukçuların eksiksiz bir sözlüğü; başka deyişle hukuki terimleri, kavramları, standartları ve kuralları bulacakları, bir ratio scripta'ları, eleyerek seçebilecekleri, o zamanki deyimle gelenekleri, Roma hukuku sözlüğü vardı. Bu âdeta Hıristiyan teologların Eski Ahit'i birdenbire ilk defa keşfetmeleri gibiydi. Batılı hukukçular, Roma metinlerine; karşıtlıkların uzlaştırılmasına yönelik yeni bir diyalektik yöntem uygulamışlardı. Böylece o metinlerden Romalıların kendilerinin hayal dahi etmediği kavramsal sonuçlar çıkarabilmişlerdir; sözleşme hukuku teorisi, mülkiyet hakkı kavramı, kuvvet kullanımının meşruiyetini tanımlayan detaylı öğretiler ve benzerleri gibi. Hukukçular bu sayede Batı'ya, karakteristik metin analizi ve sentezi metodunu kazandırmıştır. Batı'ya, olayları kurallara, kuralları ilkelere, ilkeleri bir sisteme sentezlemeyi öğretmişlerdir. Bugün hâlâ Birleşik Devletler'de hukuk biliminin yöntemi olan metodları, bütünü parçaların etkileşimi olarak görmek için tümelin hangi tikelleri kapsadığını belirleyecekti. Bu modern Batı biliminin prototipidir zira gelenekleri ve kuralları veri olarak almış ve veriyi onları açıklayacak düzenliliğe -yasalara- kanıt olarak göstermiştir. Tarihsel ve sosyolojik olarak böylesi bir metod, çatışan yasal sistemler arasındaki çelişkilerin uzlaştırılabilmesi için olmazsa olmazdı. Başta kanon hukukunun seküler

hukukla uzlaştırılması sonra çeşitli seküler hukuk sistemlerinin birbirleri ile uzlaştırılması için gerekliydi.

Skolastik felsefenin diyalektik metodu Batı'da hukukun yapılandırılması için vazgeçilmez idiyse, bu metodun kullanılmasına eşlik eden teolojik öğretiler de bunun temel kavramları için, özellikle de suç ve ceza kavramları için vazgeçilmezdi. Papalık Devrimi yargılamanın teolojisiydi. Tanrı her şeyin ötesinde bir adalet Tanrı'sıydı. Mesihin bedeninde tecessümüyle ve Mesih'in kendisini insanlık için feda etmesiyle tövbekâr Hıristiyanın ilk günahı bağışlanmıştır ama gerçek günahların kefareti ya bu dünyada ya da Arafta ödenmelidir. Yasanın ihlal edilmesine karşılık bir bedel ödenmelidir. Bedelin ödenmesi üzerine yasanın haklı olduğu kanıtlanmıştır ve sabık günahkâr cennete girebilecektir. Bu teoloji, günah çıkarma ve kefaretin "içsel mahkemesi"nin aksine, kilisenin kuruluşunu ilk defa suçların yargılanması için "dışsal bir mahkeme"nin temeline koyar. Bugün modern Batı ülkelerinde hüküm sürenlere benzeyen ceza hukuku ilkeleri geliştirilmişti: Mutlaka dışsal bir eylem olmalıdır, yasayla yasaklanmış bir eylem olmalıdır, doğrudan ya da dolaylı kasıt olmalıdır, bir zarara yol açmalıdır, toplumu rahatsız etmelidir.

Bu ilkelerin ve bir bütün olarak kanon hukukunun altında yatan adil bir evreni orantılı şekilde cezalandıran ve ödüllendiren, istisnai durumlarda cezayı hafifleten bir adalet Tanrısına duyulan inançtı. Bu teolojik inanç, dinî ve seküler alanların etkileşimli diyalektiğinin benzer türde bir hukuk-temelli-adalet ve adalet-temelli-hukuka göre düzenlendiği ve istisnai durumlarda merhametin önemli rol oynadığı Hıristiyanlık adı verilen karmaşık bir toplumsal birliğe duyulan siyasi inanca tekabül ediyordu.

Kanon hukuku, ilk modern Batı hukuk sistemi, on ikinci yüzyılda zamanla ilerleyen entegre bir hukuk sistemi olarak kabul ediliyordu. Bizatihi kilise de ilk defa profesyonel mahkemeleri, profesyonel hazinesi ve şansölyeliği ile karmaşık bir bürokrasi oluşturan hukuki bir yapı, bir yasa-devleti olarak anlaşılıyordu. Kilise'nin anayasa hukuku, korporatif hukuk biçimini almış; Roma'nın kurumsal korporasyon kavramı (*Anstalt*) ile Cermenlerin kardeşlik (*Genonssenschaft, kooparatif*) kurumunu birleştirmiş ve bunlara nominalist içeriğiyle Hıristiyanlığın cemaat üyesi kavramını eklemiştir. Yürütme erkinin, istişare organının "tavsiyesini ve onayını" almadan belirli faaliyetlerde bulunamaması kanonik korporasyon hukukundan alınmıştır ve bu istişare ge-

rekliliği, bir karardan etkilenecek olanların o kararın alınma sürecine katılmaları gerekliliği ilkesine dayanmaktadır. Kanon hukuku şahsa bağlı yargılama yetkisi ile konu bakımından yargılama yetkisi arasındaki modern ayrımın da kaynağıdır. Aslında kanon hukukunun görev ve yetki üzerindeki sınırları; kilisenin egemenlik alanını saptamaya ve sınırlandırmaya, kilise bünyesindeki idari yetkileri ayırmaya ve üyelerinin temel hak ve görevlerini belirlemeye yönelik anayasal standartlarla yakından ilişkilidir.

Kanon hukukunun, kilisenin münhasıran ayinler, vasiyetnameler, arpalıklar, yeminler ve günahlar üzerindeki yetkisine dayanan sistematizasyonu; aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, sözleşme hukuku ve haksız fiil hukuku gibi alt-hukuk sistemlerinin gelişmesi biçimini almıştır. Her alt hukuk sisteminin kendi yapısal özellikleri vardır ve her biri aynı zamanda bir bütün olarak kanon hukukunun yapısal özelliklerini de taşımaktadır. Nitekim aile hukukuna ilişkin kanon hukuku, genel olarak sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin kurallara benzer biçimde evliliğin butlanına ilişkin kuralları (hata, hile, tehdit) ortaya çıkarmıştır ve bunlar kanon hukukunun genel ilkelerine dayanmaktadır. Seküler otoritelerin, toprağın miras bırakılmasına ilişkin sınırlandırmaları, kanon hukukçularının eşya hukukunu ve toprağın miras bırakılmasını da kapsayan vakıf hukukunu geliştirmelerine yol açmıştır. Genel olarak bakıldığında kanonik miras hukuku, sözleşme hukuku ve eşya hukuku; kilise vasiyet bırakma serbestisinden, şekle bağlı olmayan uygulanabilirlikten ve mülkün tam sahipliğinden yararlanabilmesi bakımından feodal değildir. Üstelik kimi zaman varsayıldığının aksine, kilise borçlara faiz uygulanmasını kuvvetle desteklemiştir -gerçekten de kanon hukukçuları "faiz" sözcüğünü ilk defa paranın yasal kullanımı ile yasal olmayan kullanımını ("tefecilik") birbirinden ayırmak için kullanmışlardır.

Kilise'nin ve kanon hukukunun yargı yetkisinin tanımlanması, salt bir kolaylaştırma meselesi değil, bir prensip meselesi olduğu ve insanların bu prensip uğruna dövüşmeye, kan dökmeye ve ölmeye hazır olduğu Thomas Becket'ın şehadetinde görülür. Becket, Kral II. Henry'nin kilisenin yargı yetkisini sınırlandırma çabalarına karşı çıkmış ve bu çabaların papalığa tabi kilisenin özgürlüğüne zarar verdiğini düşünmüştür. 1164 tarihli Clarendon Yasaları'nda kral, 1135'e dek hüküm süren büyükbabası I.

Henry'nin geleneklerini uygulamak istemiştir. Ancak kilise, II. Henry tahta çıkmadan evvel yaşanan Stephen'ın 1135 ile 1154 arasındaki sözüm ona Anarşi döneminde çok ilerleme kaydetmiştir. Altı yıl boyunca Henry ile Thomas aralarındaki husumete yasal bir çözüm aramışlardır zira aralarındaki, yargı yetkisine ilişkin hukuki bir çatışmadır ve her iki taraf da her türlü çatışmanın çözümünde hukukun rolüne ilişkin hayli yüksek bir kavrayışa sahiptir. Nihayetinde Henry, her ne kadar hangi hükmün saldırgan olduğu hangisinin saldırgan olmadığı açık değilse de Clarendon Yasaları'nın "saldırgan" hükümlerini ilga etmiştir. Mesele son kertede -bir kez daha, tatmin edici olmasa da- kilise mahkemeleri ile seküler mahkemelerin rekabeti ile halledilmiştir. Seküler mahkemeler, kendi yargı yetkilerini men kararları ile koruyacaktı; ne var ki, bunlara başvurmak zordu ve bunları uygulamak daha da zordu. Kilise mahkemeleri, eğer yeterince canları sıkılırsa, kraliyet yargıçlarını aforoz edebilirdi. Eğer bizzat papanın canı çok sıkılırsa, Kral John'un itaatsizliğinde olduğu gibi, bütün İngiltere'yi büyük bir sıkıntıya sokarak aforoz edebilirdi, etti de. Ancak her iki yargı da çoğunlukla iş birliği yapmıştır.

Papalık Devrimi, Cermen Hıristiyanlığı'nı ikiye bölen bir atom patlaması gibiydi; kilise, bağımsız, tüzel, siyasi ve hukuki bir yapı olarak değerlendirilirken, seküler düzen de çeşitli yönetimlere bölünmüş bir yapı olarak görülmüştür. Kilise tek bir hukuk sisteminin; kanon hukukunun hâkim olduğu tek bir devlet yapısını oluşturmuştur. Kilise'nin varlığının ve böylece ruhani alanın inşa edilmesinin, insan türünün ilahi olana bu dünyada ulaşabileceği en yakın yer olduğu tahayyül edilmiştir. Kilise'nin kanon hukuku, kuşkusuz, beşerî hukuktu; yine de doğal hukukun ve ilahi hukukun yansıması olduğu kabul edilmiştir. Seküler düzen ise kusurlu, daha ilkel ve daha dünyeviydi. Öte yandan yasaları, irrasyonel unsurlara, iktidara, batıla ve sefahate daha bağlıydı. Yine de yeniden üretilebilirdi, telafi edilebilirdi, pozitif bir önemi haizdi. Kilise, doğal hukuka ve nihayetinde ilahi hukuka uygun hale gelmesini sağlayabilirdi. Kanon hukuku, seküler hukuk düzenlerine örnek teşkil edebilirdi.

Seküler hukukun her münferit türü, fani ilişkilerin belirli bir tipine az ya da çok bağlıydı; feodal ilişkiler feodal ilişkilere, kentsel ilişkiler kentsel ilişkilere, kraliyet ilişkileri kraliyet ilişkilerine ve benzeri. Bu durum, seküler hukuku yargı yetkisi sınırlı da olsa herhangi birinin herhangi bir yerde işlediği günaha uzanan kanon hukukundan ayırmıştır.

Seküler hukukun düzenlediği seküler ilişkileri toparlama ve dönüştürme görevi vardı. Lord ile vasal arasındaki yükümlülüklerin hukuki karşılıklılığı ilkesi feodal ilişkileri dönüştürmüştür. Malikane lordunun atalarının geleneklerine hukuken tabi olması, malikane ilişkilerini dönüştürmüştür. Merkantilist hukuk, kredi, ortaklık ve bağlı ortaklık kavramlarıyla birlikte dönüşmüştür. Kenttaş özgürlükleri ve yeminli komünlerin anayasal karakteri kent ilişkilerini değiştirmiştir. Kralla uyruklarının ilişkilerini de kralın hukuka tabi olması ve uyrukların direnme hatta tiranı öldürme hakkı ve görevi değiştirmiştir.

Böylece seküler yönetimin analize ve düzenlemeye tabi olduğu düşünülmüştür. Hepsinin ötesinde on ikinci yüzyılın büyük yazarı Salisbury'li John'un yönetimin niteliğini, hükümdarların görevlerini, hükümdarların seçilme usulünü ve uyrukların görevlerini incelediği çalışmalarıyla temsil edilen yeni bir siyaset bilimi ortaya çıkmıştır. Roma hukukçuları ve kanon hukukçuları da dahil olmak üzere hukukçular da egemenlik teorilerine ve hükümdarların yetkilerinin anayasal sınırlarına ilişkin teorilere katkıda bulunmuşlardır.

Seküler hukuk; feodal hukuk, malikane hukuku, merkantilist hukuk, kent hukuku ve kraliyet hukuku da dahil olmak üzere, kaynağını örf ve âdet hukukundan almaktaydı ve bu nedenle de eğitimli hukukçuların müdahalelerine, kanon hukukunun olduğundan daha az tabiydi (Roma hukuku tümüyle farklı bir şeydi: Öğrenilmiş ve üniversitelerde öğretilen hukuktu, herhangi bir yetkilinin vazedilmiş hukuku değildi, genel olarak değişime tabi değildi -bu bakımlardan hukuk tarihine paraleldi-. Yine de aynı zamanda bütün pozitif hukukun uygun olması gerektiği varsayılan ideal hukuktu ve boşlukları dolduracak olan tamamlayıcı hukuktu). Öte yandan seküler hukuk değişmişti, hatta on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında radikal biçimde değişmişti. Eğitimli hukukçuların olduğu kadar seküler hükümdarların kurallarının etkisiyle de değişmişti. Dizgeleştirilmişti ve yeniden oluşturulmuştu. Kilise bilinçli olarak reform yapılmasını sağlamıştı.

1050'lerden 1200'lere kadar olan dönemde Batı Avrupa, feodal hukukun bir sistem olarak ortaya çıkışını deneyimlemiştir. Feodal hak ve yükümlülükler daha objektif, daha kesin hale gelmiş ve keyfilikten uzaklaşmıştır. Daha evrensel, daha genel ve daha yeknesak olmuşlardır. Örnekleri miras bırakılabilen *fief*lere

ilişkin hak ve yükümlülüklerde, *fief*lerin devrinde ve feodal yükümlülüklerin paraya çevrilmesinde bulunabilir. Lordların ve vasalların karşılıklı haklarının genişlemesine ek olarak, vasallar *fief*i idare ederken lordlar da vasalı koruyacak, destekleyecek ve vasala yardım edecekti. Eğer lord vasalın güvenini suiistimal ederse, vasal, resmî *diffidatio* ile lordu azledebilirdi. Vasal, adalet dağıtırken lordun mahkemesine katılabilirdi. Böylece Batı'da daha aşağıdaki ve yukarı seviyedeki kişiler (altlar-üstler) arasında yasal yükümlülüklerin karşılıklılığı ilk defa feodal hukukla getirilmiştir. Son olarak, feodal hukuk bütünleşen unsurları ve zaman içinde ilerleme kapasitesi ve eğilimiyle birlikte ayrı ve bütünlüklü bir hukuk sistemi niteliğini kazanmıştır. Kuşkusuz kanon hukukuna kıyasla, feodal hukuk daha az sistematik, bilinç düzeyinde daha az entegre, daha az profesyonel ve bilimseldi; büyük ölçüde örf ve âdet hukuku olarak kalmıştı. Yine de kanon hukukunun döşediği yolda ilerlemiştir.

Lord-vasal ilişkileri, lord-köylü ilişkilerinden farklı bir yasal rejime tabiydi. İkincisi büyük ölçüde malikane geleneğinin kapsamındaydı. Tipik olarak malikanenin Batılı lordu, Batılı-olmayan feodal sistemlerin çoğunda olduğunun aksine sadece yerinde bulunmayan bir mülk sahibi ya da vergi tahsildarı değildi; malikanesinde yaşar, topraklarını idare eder ve malikanesini siyasi bir hükümdar gibi yönetirdi. Köylüler serf ya da özgür köylü olabilirdi fakat iki durumda da malikane hukukuna göre belirli hakları vardı. Örneğin serfler de dahil bütün köylüler, karakteristik olarak malikane mahkemesine katılırdı.

Feodal hukukun aksine, malikane hukuku köylülerle lord arasında sözleşmeye dayalı bir karşılıklılık ilişkisi kurmamıştır. Ancak köylülerin grup baskısı, sadakat kaydıyla karşılıklı olarak verilen imtiyazların da zorlamasıyla daha uygun koşulları doğurmuştur. Bu, köylülerin ister serf ister özgür köylü olsunlar toprağı ellerinde tutma hakkıyla pekiştirilmiştir. Ayrıca kiralar, vergiler ve hizmetler geleneklere göre sabitlenmiş ve bunların niteliği ve kapsamına ilişkin ihtilafların malikane hukukuna göre çözülmesi öngörülmüştür. Köylülerin lordlarıyla birlikte hüküm verdikleri malikane mahkemesinin, sivil davalar ile ceza davalarını kapsadığı ve köylülerin lorda karşı karar verdiği mahkemeler oldukları görülüyordu. Köylü baskı altındaydı ve yoksuldu ama yine de bir hukuk sisteminde haklarını almıştı; bir köylü bir kişiydi, malikane topluluğunun bir üyesiydi ve "bağlılık bütü-

nünün" bir parçasıydı. Gerçekten de zaman içinde köylünün konumu, kentin özgürlüğüne kaçabileceğini, bir manastıra ya da okula gidebileceğini ya da grevlere ve isyanlara katılabileceğini keşfettiğinde düzelmiştir. On dördüncü ve on beşinci yüzyıllarda köylüler, malikaneleri soğurmaya başlamış ve malikane sistemi ortadan kaybolmuştur. Hukuk da bu gelişmenin basamaklarını döşemeye yardımcı olmuştur. Köylülerin, serfler de dahil olmak üzere malikane topluluğunun "sakini" olarak tanınması, çok daha öncesinde serfliği ortadan kaldırmaya yönelik her türlü harekete yönelik örtük bir itirazdır.

Feodal hukuk da malikane hukuku da silinmeye mahkumdu: malikane hukuku tümden ortadan kaybolacaktı, feodal hukuk ise feodal ekonomik ve siyasi ilişkiler canlılığını yitirdikten çok uzun zaman sonra fosil olarak kalmıştı. Öte yandan merkantilist hukukun bir geleceği vardı. Bu hukuk gövdesi de on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılın başlarında kırsalda tarımsal ticaret ve sorasında denizaşırı ve kentler arası ticaret canlanırken sistemleşmiştir. Böylece kapitalist merkantilist hukuk feodal hukukla malikane hukukunun ikiz kardeşi olarak ortaya çıkmıştır.

1050'lerden 1200'lere kadar olan dönemde Avrupa'nın genel nüfusu ikiye katlanırken, kentlerdeki nüfusu belki on katına çıkmıştır. Tacir loncaları belirmiştir. Büyük sayılarda gezgin tacir pazarlara ve panayırlara katılmıştır. Böylece Batı'da ticari işlemleri az çok tekdüzeleştirebilmek için sofistike hukuk kurumları yaratılmıştır.

Merkantilist hukukun on ikinci yüzyılda geliştiği halinin karakteristik kavramları ve araçlarının arasında şunlar da yer almaktadır: iyiniyetli tacir (alıcı) kavramı (kimi zaman mallara ilişkin hakları satıcının haklarından fazla olan), malların belge değiş tokuşuyla sembolik devri, zımni garanti, resmî şekle bağlı olmayan anlaşmaların bağlayıcılığı ve bağlı ortaklıklar. Dahası merkantilist hukukun bütünleşik gövdesinin yapısını biçimlendiren bu karakteristik özellikleri, zaman içinde teamül olarak gelişmiş, kodlaştırılmış ve yorumlanmıştır. Noter onaylı para tahvilleri kambiyo senedi; noter onaylı ödeme vaadi emre muharrer senet; deniz ödüncü ve gemi rehni bir çeşit sigorta ve bankerlerin mektupları kredi mektubu haline gelmiştir. Kanon hukukunda olduğu gibi ve (daha az da olsa) feodal hukuk ve merkantilist hukukta olduğu gibi, merkantilist hukuk da takip eden nesillerin -bu durumda tacirlerin- hukuku yaşatmalarında ve büyütmelerinde sürekli iş birliğini kurmalarını sağlamıştır.

Avrupa'nın binlerce yeni kenti ve kasabası da kendi hukuk tiplerini yaratmıştır ki, hepsinin karakterinde objektiflik, evrensellik, karşılıklılık, katılımcılık, entegrasyon ve büyüme bulunmaktadır. Eski Roma şehirlerinin çoğu köylere dönüşmüş ve on birinci yüzyılın sonlarında, on ikinci yüzyılda ve on üçüncü yüzyılın başlarında yeniden kurulmuştur. Yeni kentler tipik olarak kralların ya da feodal lordların özgürlük beratları verdiği anlaşmaya dayalı, yeminli komünler halini almıştır. Karşılıklı yardım ve koruma yükümlülüğü, belediye meclisi, kent görevlilerinin seçimi ve meclislere, konseylere ve yargı süreçlerine katılımlarıyla güçlü bir komüniteryen karakterleri vardı. Kentler genellikle feodal yükümlülüklerden de azadeydi. Batı anayasalcılığının özellikle sivil hak ve özgürlükler alanının önemli kaynakları burada da bulunmaktadır.

Son olarak, Papalık Devrimi'nin sonucunda yeni bir krallık hukuku tipi doğmuştur. Kralın kilise üzerindeki ruhani iktidarı gerilemiş ve böylece kral, esas görevinin kendi hükümranlığında barışın ve adaletin tesis etmek ve korumak olduğu söylenen seküler bir yönetici olarak hüküm sürmüştür. Papalık Devrimi, imparatorların ve kralların otoritelerinin kutsal karakterine ve onların kilisenin üstün yöneticisi olma rollerine son vererek, dünyevi monarkların konumuna indirmiştir. Ancak aynı zamanda kraliyet iktidarını yeni bir teritoryal krallık kavramını destekleyerek güçlendirmiştir ki bu da kabile şeflerinin ve feodal lordların verili bir coğrafyanın üstün yöneticilerine dönüşmelerini sağlamıştır. Öncesinde krallar çoğunlukla magnatelerini, akil adamlarını ve baş kiracılarını doğrudan ve onlar aracılığıyla da yerel liderleri ve kabile liderlerini, alt-vasalları ve onların uyruklarını dolaylı olarak yönetiyordu. On ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda ise krallar, teritoryal yöneticiler olarak bütün uyruklarını az çok belirli görevleri icra eden kraliyet memurları aracılığıyla -kraliyet yargıçları ya da vergi memurları gibi- doğrudan yönetir oldular. Bu kraliyet memurları krallık hukukuna tabi ve onunla bağlıydılar. Papa gibi, Avrupa kralları da kralın yerine geçmeyen ve sürekli idari bölümleri teşkil eden profesyonel temsilcileri aracılığıyla -şansölyelik, hazine ve yargı gibi- yönetmeye başlamıştır. Yönetim, bir bütün olarak siyasetten (krallıktan) daha azı ama münferit idari bölümlerin toplamından daha fazlası olan ayrı bir faaliyet haline gelmiştir.

Papalık Devrimi'nden kuvvetli biçimde etkilenen ve aslında

onun bir parçası olan -dükalıklar ile diğer özerk topraklardaki "prenslik hukuku" da dahil olmak üzere- krallık hukukunun on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardaki gelişimi, bir yandan krallık hukukunun çeşitli sistemleri arasındaki, öte yandan kilisenin kanon hukuku ile arasındaki çarpıcı paralelliklerde gösterilebilir. VII. Gregorius'un 1075'te ilk kez ilan ettiği papanın tek başına "yeni yasalar yapma" yetkisi (*condere novas leges*) gibi, sonrasında Batı'daki her krallıkta da monarklar "yasa yapıcı" olmuşlardır (on ikinci yüzyılın ortalarında Normanların Sicilya'sında adlandırıldığı üzere *conditor legum* olmuşlardır). Ariano Yasaları, Almanya'nın barış yasaları, İngiliz krallarının zilyetlik yasaları, Fransız *ordonances* ve *établissement*'lerinin tümü monarkın yasa yapma yetki ve görevine duyulan yeni inancı yansıtmaktaydı. Benzer biçimde papalık mahkemesinin profesyonel bir yargı organına dönüşmesi gibi, sonrasında çeşitli krallıklardaki curia regis (kraliyet mahkemesi) de soyluların meclisinden bir hukuk mahkemesine dönüşmüştür. Yine benzer biçimde Gratianus'un ve haleflerinin çalışmalarının kanon hukukunu daha yapılandırılmış ve daha bilimsel hale getirmesi gibi, yapılandırılmış krallık hukuku da kanon hukukunun yasa koyma ve yorum faaliyetiyle organik olarak gelişmesi gibi aşama aşama yaratılmıştır. Medeni hukuk ceza hukukundan her yerde ayrılmıştır. Her yerde rasyonel ispat metodları yemin beyanını ya da işkence gibi eski metodları tamamlamış ya da bunların yerini almıştır. Her yerde mülkiyete dair yargı yetkisiyle ilişkili benzer temel hukuki kavramlar, üst derece ve alt derece mahkemeleri geliştirilmiştir.

Krallık hukukunun "kurum"ları Avrupa'nın çeşitli krallıklarında oluşturulmaya başlamıştır. Krallık hukuk sistemlerinde birbirlerine kenetlenen kurallar ve kurumlar dizisini gören hukuk yazarları -tıpkı ilkin Roma hukukunda sonra da kanon hukukundakileri gören önceki hukukçular gibi- belirmiştir. İngiltere'de Glanvill ve Bracton, Almanya'da Eike von Repgau, Fransa'da Beaumanoir ve diğerleri, yönetimi altında bulundukları topraklardaki yasaları, esaslı incelemelerinde "özetlemişlerdir". Ancak bundan önce yasalar, kendi aralarındaki ilişkiler gözetilerek vazedilmişlerdir. Sicilya kralı II. Roger'ın 1140 tarihli Ariano Yasaları, daha ilk maddesinde yasalar arasındaki çelişkilerin yorum yoluyla çözülebileceğini ve çözülmesi gerektiğini belirtmektedir. Yorum, tutarlılık ve rasyonellik arzusu, "tanımların büyümesi", dizgeleştirme, hukukun karşıt unsurların sentezine daya-

nan karmaşık bir birlik olduğu görüşü; bunların hepsi krallık hukukunun önemli özellikleri olarak kabul edilmeye başlamıştır. Tıpkı daha önce Irnerius ve Ivo, Azo ve Gratianus'un zamanından beridir Roma hukukunun ve kanon hukukunun önemli boyutları olarak kabul edildikleri gibi.

Hukuk gövdesi kavramının onun büyümesi kavramını da içerdiği varsayılmıştır. Daha öncesinde, Cermen hükümdarların dönemsel yasalaştırmalarında her büyük "kodifikasyon", örf ve âdet hukukunun kendisinden önce gelenin yerini alan genel bir tekrarı olarak tasavvur edilmiştir. On birinci yüzyıldan sonra yeni krallık yasalarının eskilerin devam eden varlığı olduğu, gerçekte eskilerin üzerine inşa edildiği varsayılmıştır. Hukuk, bir kral seleflerinin yasalarının üzerine yenilerini ekledikçe genişlemiş ve gelişmiş gibi görünmektedir. Bunun en çarpıcı örnekleri belki de ilkin, Sicilya yasalarının II. Roger'ın yasalarından (Ariano Yasaları) onun oğullarına ve torunlarına, II. Frederick'in yasalarına (*Liber Augustalis*) doğru organik gelişimidir. İkincisi zilyetlik yasalarının ve II. Henry'nin zamanından itibaren İngiliz krallarının çıkardığı diğer emirnamelerin Richard, John ve III. Henry'ye dek organik gelişimidir.

Hukukun organik büyümesi kavramı, yasallık ilkesi ile bağlantılıdır. Kralların hukuka uygun olarak hüküm sürdüğü kabul edilmiştir. İlk İskandinav hukuk kitabı şöyle başlamaktadır: "Topraklar, hukuka uygun olarak inşa edilmelidir". Hukuka uygun yönetim, hukukun üstünlüğüne duyulan yaygın inançla uygulamada her zaman olmasa da teoride desteklenmiştir. Bu, - Salisbury'li John'un ve diğerlerinin on ikinci yüzyılda, on üçüncü yüzyılda ise Eike von Repgau, Bracton, Beaumanoir ve diğerlerinin ifade ettiği- bizzat kralın hukukla bağlı olduğu ve hatta kralın uyruklarının belirli durumlarda, kral hukuka aykırı davranmışsa onun emirlerine itaat etmeme hakkının olduğuna duyulan inançtı.

Bu inancın kökleri ilk olarak, bizatihi evrenin hukukla bağlı olduğuna dair teolojik inançta yatmaktadır.

İkincisi, bu inancın kökleri seküler ve ruhani otoritelerin, her ikisinin de iktidarına teorik ve pratik sınırlar koyan ikiliğindeydi. Avrupa'nın her krallığı, hatta Normanlar'ın Sicilya'sı da dahil olmak üzere, papalık ve kraliyet iktidarları arasındaki gerilimi hissetmiştir. En güçlü seküler hükümdarlar bile sadece dış ilişkilerinde değil, yasal sistemlerinin gelişimi de dahil olmak üzere iç

işlerinde de sürekli olarak papalığın görüşünü hesaba katmak zorundaydı. Bu kısmen on ikinci yüzyıl daha az olmakla beraber on üçüncü yüzyıl boyunca (diğer bir deyişle Batı'nın siyasi ve hukuki düşüncesinin oluşum döneminde) kralların baş memurlarının Roma'ya da bağlı yüksek kilise görevlileri olmalarıdır.

Üçüncü olarak hukukun üstünlüğüne duyulan inancın kökeninde her krallığın bünyesindeki seküler otoritelerin kendi içlerindeki çoğulluğu ile özellikle kraliyet yönetimlerinin, feodal yönetimlerin ve kent yönetimlerinin kendi aralarındaki diyalektik gerilim yatmaktadır. Bu da Papalık Devrimi'nin bütünselliğinin bir parçasıdır. Seküler ve ruhani yönetimler arasındaki ayrım, tek bir ruhani iktidarın bünyesinde pek çok seküler iktidarın bulunduğunu; dolayısıyla seküler iktidarlar arasında bir etkileşim olduğunu varsaymaktadır. Her krallığın bünyesindeki seküler iktidarların çoğulluğu elbette sadece bir kavram değil fakat aynı zamanda hâkim olan siyasi, ekonomik ve toplumsal gerçeklikti. Avrupa'nın kentleri kentlilerin özgürlüğü ve komünal özyönetimlerin üzerine inşa edilmiştir. Feodal otoriteler ise kendi imtiyazlarına saldıran kraliyet iktidarının genişlemesine direnmiştir. Bu mutlak krallık Avrupa'nın pek çok bölgesinde hayata geçmeden yüz yıllar önce oluyordu. Bununla birlikte Sicilya örneği büyük ekonomik, siyasi ve toplumsal merkezsizleşmeye rağmen tiranlığın mümkün olduğunun ve -diğer yerlerdeki- hukukun üstünlüğü inancının sadece maddi koşulların yansıması değil aynı zamanda bu koşulların sürdürülmesinde önemli bir rol oynadığının güçlü bir göstergesidir.

Dördüncü olarak hukukun üstünlüğüne duyulan inanç, feodal ilişkide altlar ile üstlerin yükümlülüklerinin karşılıklılığı ve merkezî ve yerel otoriteler arasındaki ile olduğu kadar yönetimin resmî ve halktan temsilcileri arasındaki diyalektik etkileşimin kabulü ile de yakından ilişkilidir. Vasalın lorduna "karşı çıkma" hakkı ve köylünün malikane geleneğine itimat etme hakkı keyfi iktidara karşı hukuk bilincine başvurulmasının gelişimindeki önemli unsurlardır.

Merkezî ve yerel otoriteler arasındaki etkileşim, iktidarın devri kavramı ile gerçekliğine bağlıydı. On ikinci yüzyılda Avrupa'nın neredeyse bütün bölgelerinde yerel düzeyde kraliyet memurluğu ortaya çıkmıştır *-baillis, Richter, sherif,* gezici yargıçlar. Bu memurlar, yerel lordların ve diğer yerel iktidarların yerini almamıştır, daha ziyade iktidarı bunlarla paylaşmışlardır. Ayrıca

neredeyse her yerde bir yandan kraliyet yargıçları ile diğer kraliyet memurları arasında diğer yandan da kırsal bölgedeki halklar ile bir etkileşim de ortaya çıkmıştır -jüri, soylu meclisleri, *Schoeffen*. Adalet yönetimine halkın katılımının çeşitli biçimlerinin mevcudiyeti, hem krallık hukuku sisteminin başarılı bir biçimde kurulmasının hem de bizzat kralın keyfi yönetimine karşı hukukun üstünlüğünün korunmasında önemli ve uzun vadede, belki de zorunlu bir unsurdu.

Marx'ın Ötesinde, Weber'in Ötesinde

Bu kitapta anlatılan hikâyenin ayrı ayrı parçalarını uzman tarihçiler ve hukukçular çok iyi biliyor. Yine de tek başına hikâyenin bütünü bilindik değil; üstelik alışılagelmiş peşin hükümlerle çatışıyor. Dahası, batı tarihinin geleneksel dönemselleştirmesine de itiraz ediyor. Batı uygarlığının tarihini tek tek milletlerin tarihi olarak ele almaktansa bir bütün olarak değerlendiriyor. Üstelik modern nitelikleri, genellikle modern-öncesi olduğu düşünülen döneme izafe ediyor. Genellikle feodalizm çağı olarak adlandırılan dönemin baskın feodal niteliğini reddediyor ve feodal hukuk ile malikane hukukunu; ticaret hukukunun, kent hukukunun ve krallık hukukunun zıddı olarak değil, tamamlayıcısı olarak ele alıyor. Batı hukuk geleneğinin köklerini kilise yönetiminin seküler iktidardan şiddetli ayrılışında ve ilk modern Batı hukuk sisteminin kilise bünyesinde oluşumuna götürüyor. Bu ve diğer açılardan bakıldığında yeniden anlatılan bu hikâye, burada, sadece Batı tarihinin değil aynı zamanda bizzat tarihin doğasına ilişkin olarak büyük ölçüde kabul edilen varsayımlarla, görüşlerle ve teorilerle başa çıkmak zorundadır. Zira bu varsayımlar, görüşler ve teoriler hayli farklı, geçen iki nesil boyunca uzmanlaşmış tarih araştırmalarınca desteklenmemiş bir anlatıya götürmektedir. Bu nedenle, sonuç sayfalarında, Batı hukuk geleneğinin tam olarak anlaşılmasının önündeki teorik engellerle dobra dobra yüzleşmek ve anlatılan bu hikâyenin kimi teorik çıkarımlarını belirtmek zorundayız.

Eğitimli insanların pek çoğu hâlâ Avrupa tarihini Klasik Antikite, Roma İmparatorluğu'nun gerilemesi ve çöküşü, Orta Çağlar ve (Rönesans ve Reform Hareketiyle başlatarak) Modern Zamanlar olarak bölümlemektedir. Bu insanlar Modern Zamanları Batı uygarlığını oluşturan milletlerin tekil tarihleri olarak değerlendirmeye ve Orta Çağ'ı, Modern zamanların belirdiği arka plan

olarak görmeye meyyaldir. On altıncı ve on yedinci yüzyılların Rönesans ve Reform Hareketi'nin on birinci ve on ikinci yüzyılların erken Rönesans ve Reformuna karşı ortaya çıktığı tarihsel bilinçte yerini almaya henüz başladığına göre, Batı sadece Modern zamanların değil fakat aynı zamanda Modern zamanların yarısını biçimlendiren bütün milenyumun sonunu yaşamaktadır. Erken Rönesans ve Reformun Batı tarihinin ilk büyük dönüm noktasını oluşturduğu ve sadece Batı hukuk geleneğinin değil fakat Batı toplumsal düşüncesinin ve eyleminin de başka ana boyutlarının da kaynağı olduğu nihayet geniş ölçüde kabul edilmektedir.

Batı tarihinin geleneksel dönemselleştirmesinin yanlışlığı on dokuzuncu yüzyılın, "bilimsel tarih"in ilk defa yazılmaya başlandığı zamanın abartılı milliyetçiliği ile yakından ilişkilidir. Gerçekten de bilimsel tarihin *raison d'étre*'si (varoluş nedeni), pek çok örnekte, bir ulusun gelişiminin izlerini kabilesel ve feodal köklerinden bugünkü şanına ve görkemine ulaştırmak gibi görünmektedir. Bugün milliyetçi tarih yazımı pek çok alanda çökmektedir. Ne var ki, hukukta, özellikle İngiliz ve Amerikan hukukunda milliyetçi tarih yazımı hâlâ hüküm sürmektedir. Batı uygarlığının bünyesindeki her ulusal hukuk sisteminin ayırıcı özellikleri vurgulanmakta buna karşılık ortak özellikleri önemsizleştirilmektedir. Ortak köklerine rağmen Batı'daki her ulusal hukuk sistemi, hâlâ partizanları tarafından hangi ulusun hukukuysa o hukukun biricik karakterini ve tarihine tekabül ettiği söylenen benzersiz nitelikleri için tezahüratlarla alkışlanmaktadır. Karşılaştırmalı tarihçiler, bu eğilime kendilerinin Batı hukuk sistemlerine ilişkin "Kıta Avrupası" ve "Anglo-Amerikan" ayrımı ile belli belirsiz karşı çıkmaktadır. Son dönemde bunlara yeni bir "aile" eklenmiştir Sovyetler Birliği ile Doğu Avrupa'nın "sosyalist hukuku". Gerçek ise şudur ki, bunların hepsi aynı aile ağacının dallarıdır. Bütün Batı hukuk sistemleri -İngiliz, Fransız, Alman, İtalyan, Leh, Macar ve diğerleri ile on dokuzuncu yüzyıldan itibaren Rus- sadece ortak terminolojiden ve ortak tekniklerden değil aynı zamanda ortak kavram, ilke ve değerlerden beslenen ortak tarihsel kökenlere sahiptir.

Hukuk tarihi yazımı milliyetçi safsatalara ek olarak dinî safsatalardan da mustariptir; Katolik Orta çağdan ve Reform sonrası modern Avrupa tarihi arasındaki sürekliliği karartan Protestanlık ve Roma Katolisisizminden. Bunlara Rönesansla eşzamanlı

Reform icat eden Aydınlanmanın ve Rönesans ve Reformla eşzamanlı Kapitalizmin Yükselişini keşfeden Marksizmin yanılgıları da eklenmiştir. Modernle orta çağ arasındaki sürekliliğin örtülmesi, Katolik Kilisesi'nin on birinci ve on ikinci yüzyıllardaki Gregoryen Reformunun öncesi ile sonrası arasındaki *süreksizliği* de görünmez kılmaktadır. Sonuç olarak Batı hukuk geleneğinin arka planı; Cermenlerin, Keltlerin ve Avrupa'nın diğer halklarının altıncı yüzyıl ile on birinci yüzyıllar arası komüniteryen halk hukukundaki kökenleri büyük ölçüde unutulmuştur.

Batı hukuk geleneğinin oluşumunun öyküsü, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda yeni sosyoloji bilimi ile yakından ilişkili başka tür bir tarih yazımının ortaya çıkışıyla da belirsizleşmiştir. Bu yeni tarih yazımı bazen "sosyal ve ekonomik tarih" bazen de "sosyal teori" olarak adlandırılmaktadır. Öncüleri arasında Montesquieu, Hegel, Saint-Simon, Comte, Tocqueville ve diğerleri yer almaktadır. Daha sonraki ustaları on dokuzuncu yüzyılın ortalarında Karl Marx ve on dokuzuncu yüzyılın sonları ile yirminci yüzyılın başlarında Max Weber'dir. Bu "sosyal teorisyenler" "bilimsel tarihçilerin" aksine, tarihi geçerli toplumsal ve ekonomik kuvvetleri yüzeyin altındaki siyasi ve ideolojik olaylarla açıklamaya çalışmıştır. Bilimsel tarihçiler, sosyal teorisyenleri "gerçek tarihçiler" olarak değil "teorisyenler" olarak gömüşlerdir. Ne var ki, gerçek bir tarih hakkında, yani Batı tarihi hakkında teoriler ileri sürmüştür.

On dokuzuncu yüzyılın ve yirminci yüzyılın başlarının sosyal teorisyenleri, özellikle toplumsal evrimin seyrini kesintiye uğratan devrimleri açıklamaya çalışmakla uğraşmıştır. Bilhassa Marx, bu çalışmada esas alınan kapsamlı bir devrim mefhumuna sahipti; devrimi toptan bir toplumsal, ekonomik, siyasi, hukuki ve ideolojik dönüşüm olarak ve aslında insanın dönüşümü olarak görmüştür.[1] Ancak Marx'ın tarihsel materyalizmi, büyük Avrupa devrimlerinin sebeplerinin açıklamasının fazla basite indirgenmesine ve toplumsal sınıfların tanımının üretim araçlarıyla sınırlanmasına yol açmıştır. Nitekim Marx, Protestan Reformu'nu tümüyle yanlış yorumlamış ve Papalık Devrimi'ni bütünüyle gözden kaçırmıştır. Dahası Marx, Batılı, İslami ve Çinli ve benzeri ara kültürlerin önemini yeterince dikkate almadan Avrupa

[1] Bkz. Robert C. Tucker, "The Marxian Revolutionary Idea", *Revolution* içinde, Carl Friedrich, *Nomos*, no. 8 (1966), ss. 217-246, öz. s. 219.

uluslarının tarihinden doğrudan insanlığın tarihine ulaşmıştır. Robert Tucker'ın işaret ettiği gibi "Marx'a göre gerçek toplumsal birlik, türlerdir, insanın bütünlüğüdür... bütün toplumsal devrimler dünya devrimleridir".[2] Böylece Marx, farkında olmadan Batı'nın tarihini dünyanın tarihi ile tanımlamıştır. Ünlü deyişi "Devrimler tarihin lokomotifidir" Batı için doğru; Batılı olmayan kültürler için söylediğinde ise doğru değildir. Bunun sebebi kısmen Marx bu sözü söylediğinde, sözü Batılı olmayan kimi kültürler için geçerli hale gelmişti.

Geleneksel tarih yazımına isyan etmelerine rağmen sosyal teorisyenler, Batı tarihinin dönemselleştirilmesine ilişkin hâkim fikri öylece kabul etmişlerdir. Buna göre Batı tarihi geçmişte belirsiz bir zamanda başlayan Orta Çağ ve kabaca on altıncı yüzyılda (ya da belki on yedinci veya on sekizinci yüzyılda) başlayan Modern Çağ olmak dönemselleştirilmektedir. Öte yandan sosyal teorisyenler bu dönemselleştirmeye, Batı tarihinin modern döneminin yerini yeni bir çağın almak üzere olduğuna dair bir öngörüde bulunmuşlardır.

Sosyal teorisyenler, Orta Çağlar'ın sosyoekonomik oluşumuna spesifik bir içerik kazandırmış ve bunu "feodalizm" olarak adlandırmışlardır. Modern çağ ise feodalizmin aksine, toplumsal değerlere mi yoksa ekonomik değerlere mi öncelik verildiğine bağlı olarak "bireysellik" ya da "kapitalizm" çağı olarak görülmeye başlamıştır. Sosyal teorisyenler, toplumsal düzenin bu birbirini izleyen tiplerini analiz etmeye ve bunların neden ve nasıl oluştuğunu analiz etmeye çalışmıştır. Toplumsal evrimin evrensel bilimini yaratabilmek için tarihsel ve karşılaştırmalı bir metod kullanmışlardır. Marx, her toplumun bir "Asya tipi" ya da köleci ekonomiden feodalizme, feodalizmden kapitalizme ve kapitalizmden sosyalizme geçmeye eğilimli olduğunu ileri sürmüştür. Marx bu ilerlemeyi sınıf mücadelesinin dinamiklerinin kaçınılmaz sonucu olarak görmüştür. Bu teoride; toprağa bağlı köylü ile feodal yönetici sınıfın mücadelesiyle yükselerek nihayetinde sanayi proleteryası ile kapitalist yönetici sınıf arasında yeni bir mücadeleyi doğuran ve sınıfsız sosyalist bir toplumu doğuracak olan mücadeleyi koyutlayan "feodalizm" kavramı kritik önemi haizdir.

Marksist olmayan pek çok teorisyen de feodalizmi pek çok

---

[2] Ibid., s. 223-224.

kültürün gelişiminde bir basamak olarak görerek onun evrensel karakterine atıfta bulunmuştur. Bilhassa Japon ve Rus kültürlerinin kendi tarihlerinin "orta çağı" boyunca feodalizmi deneyimledikleri düşünülmüştür. Çok-kültürlü feodalizm incelemesi, beraberinde ilginç ve değerli sonuçları getirmiştir ancak yine de aldatıcı biçimde kozmopolitandır. Bunun arkasında etnosentrik bir soru gizlenmektedir: "Orta Çağ Batı toplumlarının hangi özellikleri evrensel bir feodalizm tanımı için elzemdir?" Toplumsal tarihçilerin ve ekonomi tarihçilerinin çoğu bu özelliklerden dördünün altını çizmektedir: Toprağa bağlı köylü teba (serflik), uzmanlaşmış askerî sınıf (şövalyelik), soylu sınıfın elinde dağılmış topraklar üzerinde parçalanmış kamusal otorite, vasallık sistemi aracılığıyla iktidarın ve imtiyazların soylular arasında paylaşılması ve toprağın kiralanması (*fief*). Tarihçiler daha sonra kültürlerdeki paralellikleri incelemiştir. Bu tutum bir tür akademik emperyalizm olarak adlandırılabilir.

Feodalizmde yaşayan insanların inanç sistemleri, feodal sistemlerde kilise ile seküler otoritelerin ilişkisi ve feodal toplumlarda hâkim olan hukuk sistemleri ile kurumları feodalizmin çoğu geleneksel tanımının dışında bırakılmıştır. Bu dışlama ise feodalizmdeki ideoloji, siyaset ve hukukla ilgilenenleri rehbersiz bırakmıştır -her ne kadar en azından Batı feodalizminde bu üçü toplumsal düzenin şüpheye yer bırakmayacak derecede önemli birer parçasıdır. Tarihsel materyalistlerin çoğunluğunun ön gördüğü gibi Orta Çağlar'da ideoloji, siyaset ve hukuk feodal üretim biçimine dayalı üst yapı kurumları olarak değerlendirilecekse bile şu hayati soru bakidir: "Batı feodalizmi nasıl ve neden Japon ya da Rus feodalizminin yarattığından farklı bir üst yapı kurabilmiştir?"

Marx'a göre feodalizmin zorunlu unsurları; önce kiralanmış bağlı arazide küçük çaplı tarım ("küçük üretim tarzı") ve ikinci olarak da toprağa bağlı köylü tebaa (serflik). Bunlar feodal yönetici sınıfın köylülerin emeğinin artı değerine el koymalarını sağlamıştır. Batı'da dorukta olduğu zamandaki feodal toprak rejiminin diğer boyutları; vasallık, şövalyelik, parçalanmış kamusal otorite Marx'a göre feodalizmin ayırt edici özellikleri değildir. Marx, feodalizmi, kapitalizmi olduğu gibi onun çatışmaları açısından görmüştür, birliği açısından değil. Dahası Marx, Batı'da paranın ve ticaretin feodal ekonomide oynadığı önemli rolle ve on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda küçük üretim tarzıyla yan

yana ve binlerce kentle canlanan kentsel uygarlıkla ilgilenmemiştir. Çağdaş Marksistler en azından bunun böyle olduğunu reddetmemekte -reddedememekte- ancak büyük önem taşıdığını reddetmektedir. Çağdaş Marksistler hâlâ, Marx'ın postulasına; önünde sonunda eskinin ("feodalizm") yerini yenisinin ("kapitalizm") almasıyla sonuçlanacak olana az çok durağan, kendisine yeten kırsal ekonomiler ile ticari olarak büyüyen kent ekonomileri arasındaki sabit antagonizmaya dayanmayı sürdürmektedirler.

Maalesef bu Marksist analize göre, "feodal üretim tarzı" -yani malikane sistemi- on dördüncü yüzyılın sonlarında bütün Avrupa'da çökmüştür ve Marx'ın tanımladığı biçimiyle "kapitalist üretim tarzı" on sekizinci yüzyılda ya da en erken on yedinci yüzyılda oluşmaya başlamıştır. Bu merkezî iktidarın; Avrupa'nın mutlak monarşilerinin geliştiği üç dört yüzyıllık bir "geçiş" süreci bırakmaktadır. Marksist teoriye göre, "artık feodal iktidarın yerel organları ortadan kalktığı için"[3] köylüleri baskı altında tutmak yeni ulusal devletlerin işiydi. Nitekim siyasi sistem bütünüyle değiştiği halde toplumsal-ekonomik sistemin aynı kaldığı ileri sürülmüştür. "Yönetici sınıf" der, önde gelen Marksist bir tarihçi "aynı kalmıştır, tıpkı bir cumhuriyet, anayasal monarşi ve faşist diktatörlüğün burjuva hükümdarlığının çeşitli formları olması gibi".[4] Oysa bu görüş tarihi hayli geniş fırçayla boyamaktadır!

Marksist feodalizm yorumunu vurgulamak, siyasi iktidarın aslında hâkim ekonomik sınıfın egemenliğini sürdürme aracı olduğunu; bu nedenle siyasi iktidarın aldığı biçimin ve özellikle hukuki formunun egemen sınıfın aygıtı olduğunu söylemektir. Marx'ın arkadaşı Engels'in yazdığı üzere "Hukukçular *a priori* ilkelere göre iş gördüklerini düşünür halbuki onlar gerçekte sadece ekonomik tepkilerdir".[5] Ekonomi, bilhassa yönetici sınıfın ekonomik çıkarları her toplumun "maddi temelleri"ni biçimlendirir; siyaset ve hukuk bu temelin ürettiği ve bu temeli koruyan ve yansıtan "ideolojik üst-yapının" sadece birer parçasıdır.

Bu şema; hukuk sözüm ona feodalizmde sadece lordla köylü arasındaki hâkim iktidar yapısını ürettiği için değil fakat aynı

---

[3] Christopher Hill, "A Comment", Rodney Hilton (ed.), *The Transition from Feudalism to Capitalism* (London, 1976), s. 121 içinde.

[4] Ibid.

[5] Condrad Schmidt'e Mektup, 27 Ekim, 1890, Karl Marx ve Friedrich Engels, *Selected Works*, III (Moscow, 1966) içinde, ss. 492-493.

zaman da ona itiraz ettiği için kafa karıştırmaktadır; hukuk sadece feodal lordların iktidarını güçlendirmemiş aynı zamanda o iktidarı sınırlandırmıştır. Batı'nın ilk profesyonel hukukçuları - üniversitelerdeki profesörler, papaların ve piskoposların ya da imparatorların ya da kralların ve feodal soyluların maiyetindeki hukukçular- bir hükümdarın buyruğuna eğer yasaya aykırı ise ne zaman ve nasıl karşı çıkılacağını sormuştur. Bu salt felsefi bir soru değildir. Bu, o dönemde oluşmakta olan siyasi iktidarın bünyesinde; aynı toplumsal ve ekonomik düzendeki siyasi iktidarların ikiliği ve çoğulluğundan kaynaklan ve bugün "denge ve denetleme" diye adlandırılan sistemde ortaya çıkan bir sorudur.

Daha sofistike Marksist tarihçiler Batı'da "yasallık" geleneği ve "hukukun üstünlüğü" inancı olduğunu kabul edecek ama birkaç istisna dışında bunun tarihsel bir önemi olmadığını ileri süreceklerdir.[6] Rodney Hilton'un yaptığı gibi, on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Batı Avrupa'da siyasi ve hukuki olarak özerk kent topluluklarının ortaya çıkışının "Avrupa feodalizmini ... diğer feodalizmlerden" ayırdığını da kabul edeceklerdir.[7] Ancak Hilton daha sonra komünal bağımsızlığı yeni kapitalist üretim tarzının gelişmesine ya da lordla köylüler arasındaki sınıf ilişkilerinde yaşanan herhangi bir maddi değişime atfetmenin yanlış olacağını eklemektedir. Sonuç olarak Hilton, bunun hiçbir *teorik* öneminin olmadığı sonucuna ulaşır. Aynısını yasallık için de söyleyecektir. Onun bakış açısından hukuk, hatta siyaset bile üstyapının bir parçasıdır, ideolojinin bir parçasıdır; başka deyişle hukuk, toplumdaki ekonomik güçleri yansıtır ama onları *belirlemez.* Ekonomik güçler temel gerçekliği ("yapı") oluşturur, hukuk ise tanımı gereği oluşturmaz, hukuk "bilincin" bir parçasıdır. Bütün argümana bu dogma hakimdir.

Yine de eğer Hilton'un işaret ettiği gibi farklı feodalizmler, farklı hukuk sistemlerini yaratıyorsa, Batı Avrupa'daki feodal hukuku örneğin Rusya'daki ya da Japonya'daki feodal hukuktan bunca farklı kılan neydi? Batı'da lordlarla vasallar arasında hakların ve yükümlülüklerin karşılıklılığına dayanan *feodal sözleşmeyi;* hizmet karşılığı bahşedilen araziyi, *fiefi;* bir yanda malikanenin lordunun, *bailiff*inin ve diğer memurların diğer yanda köylülerin aralarındaki ihtilafları çözdükleri manor [malikane] mah-

[6] Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism,* s. 153.
[7] Hilton, *Transition,* ss. 9-30 (alıntı s. 18).

kemesini yaratan neydi? Bunları ortaya çıkaran, feodalizm başka yerlerde benzeri hukuki kavram ve kurallar olmaksızın var olduğuna göre feodalizmden başka bir şey olmalıydı.

Ancak bundan ayrı olarak ekonominin kendisi de Batı Avrupa'da Rusya'da ya da Japonya'da olduğundan daha farklı gelişmiştir. Bununla birlikte bu üç kültürdeki yasal sistemler ekonomik sistemde meydana gelen değişikliklerde önemli bir rol oynamadı mı yoksa tersi mi? Eğer öyleyse yapı ve üstyapı modeli hayli sorunlu hale gelecektir. Aslında Batı'daki feodalizm olarak adlandırılan sistemde anayasa hukuku, eşya hukuku ve yasal sistemin diğer bölümleri de dahil olmak üzere hukukun gelişimi, Marksistlerin kapitalizm olarak adlandırdıkları ekonomik değişimlerin on yedinci ilâ on dokuzuncu yüzyıllarda gerçekleşmesi için bir ön koşuldu.

Tarih yazımı teorinin temelidir: Eğer tarih yazımı hatalıysa teori de onunla birlikte çökecektir. Eğer modern Batı hukukunun ana özellikleri, ana hukuki kavram, kurum ve süreçleri on birinci yüzyılın sonlarında ve on ikinci yüzyılda ortaya çıktıysa -sosyal teorisyenlerin Aydınlanma ve Fransız Devrimi ile başlayan en parlak döneminde feodal çağ olarak adlandırdıkları- demek ki, bu olgu kendi içinde hukuka ve tarihe ilişkin alışılmış materyalist görüşü çürütmektedir.

Tarihsel materyalist olmayan kimselere göre bu ilginç olmayabilir. Ancak tarihsel materyalizmden daha fazlası risk altındadır. Zira feodalizm ile kapitalizm arasındaki ayrım genel olarak modernistler ve özellikle Modern Çağı yeni ve farklı bir gelecek için bir başlangıç olarak görenler açısından önemli hale gelmiştir. Bu bağlamda "kapitalizm" kavramı -ve şimdi sosyalizm- "modernleşme" ve "sanayileşme" ile karakterize edilen dinamik toplumlarla ilişkilendirilirken; "feodalizm" kavramı; az çok durağan ve az çok doğal kabul edilen "geleneksel toplumlar" yahut "sanayi-öncesi toplumlar" olarak tercüme edilmektedir. Aslında bu, pek çok eğitimli insanın bugün dünyayı görme biçimi gibi görünmektedir.

Öte yandan gerçekte Batı Avrupa on birinci yüzyılın sonlarından on altıncı yüzyılın başlarına kadar, toplumsal hayatın ekonomik olduğu kadar başka boyutlarında da hızlı ve dinamik bir büyüme ve gelişmenin yaşandığı geleneksel bir toplumdu. Bu çelişkiler sadece pek çok Marksistin ve Neo-Marksistin değil diğer ekollerden sosyal teorisyenlerin de görüşüyle çelişmektedir.

Nitekim Marksizm karşıtı ekonomi tarihçisi W.W. Rostow, Asya ve Afrika'daki çağdaş geleneksel toplumların kendi içlerinde büyük değişiklikler yapamayacaklarını ve değişmeleri için "harici bir şok"un ya da yeni bir girişimci elitin ortaya çıkışının eşlik ettiği ileriye dönük yatırımın yarattığı bir "sıçrama"nın gerektiğini iddia etmiştir.[8] Bu Orta Çağ Avrupa'sının feodal ekonomisinin kentlerden ve on altıncı yüzyılda ticaretin büyümesinden kaynaklanan harici şoka kadar durağan olduğuna dair geleneksel (fakat hatalı) görüşle örtüşmektedir. Aslında on birinci yüzyılın sonlarından on ikinci yüzyılın başlarına dek tarımda muazzam bir büyüme meydana gelmiştir. Tarihçiler bugünlerde "birinci feodal çağ" ve "ikinci feodal çağ"dan söz etmektedir.[9] Dahası on dördüncü yüzyılda vasallık çökmüş, malikane sistemi ortadan kalkmış ve kira ile yararlanma hakkı ve diğer mülkiyet ilişkileri daha sonra "zirai kapitalizm" denilecek olan şeye dönüşmeye başlamıştır.

İngiliz ekonomi tarihçisi Perry Anderson, Marksist bir bakış açısıyla sadece Avrupa'da kapitalizmin feodalizmden doğduğunu açıklamaya girişmiştir. Anderson, bu gelişmeyi, Avrupa feodalizminin diğer Marksistlerin çoğunlukla ekonomik yapıdan ziyade üst-yapıya ait olduğunu düşündükleri ayırt edici özelliklerine atfetmektedir. Ona göre yapı ile üstyapı arasındaki ayrım, feodalizme uygulanamaz. Kapitalizm öncesi toplumlarda "akrabalık, din, hukuk ya da devlet gibi üst-yapı kurumları zorunlu olarak üretim tarzının kurucu yapısına dahildir".[10]

Görünen o ki, feodal Avrupa'da hukukla ekonominin entegre olduklarının kabulü, ilk önce bütün bir Marksist analizi tehdit etmektedir. Ne var ki, belki de yapı ve üst-yapı arasında yapılan Marksist ayrım başka yollarla, yani ayrımın uygulanabilirliğini toplumsal yapıdaki çöküş dönemleriyle sınırlandırılarak muhafaza edilebilir. Marksistlerin, normalde bütün toplumlarda ekonomik ve hukuki kurumların bütünüyle örtüştüğüne katılmaları muhtemeldir. Örneğin mülkiyetin normalde birbirlerinden ayrılmaz biçimde iç içe geçen hem hukuki hem de ekonomik boyut-

---

[8] W. W. Rostow, *The Stages of Economic Growth* (Cambridge, Mass., 1960), ss. 4-7.

[9] Bkz. David Herlihy, ed., *The History of Feudalism* (New York, 1970), ss. 3, 34.

[10] Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State* (London, 1974), s. 403. Doğu Almanyalı Marksist Rudolf Bahro da batı feodalizmini "bünyesinde" kapitalizme "dönüşme eğilimi" olan benzersiz bir ekonomik biçim olarak görmektedir. Bahro'ya göre "Feodalizm-kapitalizm esasında tek bir gelişmedir". *The Alternative in Eastern Europe,* trans. David Fernbach (London, 1978), s. 66.

ları vardır. Ancak belirli dönemlerde bu iki boyut ayrı düşebilir ve belki Marx'ın da zihninde, ekonomik anlamda mülkiyeti, ekonomik iktidarı hukuki anlamda mülkiyetten yani ekonomik haklardan ayırdığı böylesi zamanlar vardı. Gerçekten Marx'ın sosyal teorisinin anlaşılabilmesinin yolu, onun bütün bir tarihi, esas olarak devrim dönemlerine uygulanabilecek bir teorinin ışığında yorumlaması olabilir.

Bu, Marx'ın on dokuzuncu yüzyılın doğa bilimlerinden alınan nedensellik fikrini tarihsel gelişmeleri açıklamak için kullandığını açıklamaya da yarayacaktır. Marx fizik ve kimyanın bilimsel yasalarına paralel tarihsel yasaları bulmaya çalışmıştır. Bu yasaları tarihsel materyalizmde bulmuştur -örneğin her toplumda üretim ilişkilerinin, üretim araçlarına sahip olanlarla olmayanlar arasındaki sınıf mücadelesini ve dolayısıyla toplumun siyasi gelişimini belirlediğine dair yasa. Sıradan toplumsal hayattaki karmaşık olayları açıklamayı aşırı basitleştiren bu tekçi yasa Marksist düşüncede iki önemli işlev görmüştür: Mevcut kurum ve inanışların devrimci köklerini açıklamış ve bunlara yönelik devrimci saldırılara bir temel oluşturmuştur. Ne var ki, nedensellik ilkesi fizik ve kimyada bile daha karmaşıktır ve sosyal teoride nedensellik yasalarından bahsetmek neredeyse mümkün değildir. Siyaset, ekonomi, hukuk, din, sanat ve düşünce arasındaki etkileşimden; toplumsal hayatın bu ayrılamaz boyutlarını "sebepler" ve "sonuçlar" olarak kompartımanlara ayırmadan bahsetnek hem daha doğru hem de daha yararlıdır. Bu bazı menfaatlerin diğerlerinden daha önemli ya da daha etkili olduğunu reddetmek anlamına gelmez. Determinizmden rölativizme çekilmek de zorunlu değildir. Ancak gerçek şu ki ekonomik faktörler kimi zaman ve kimi yerde daha önemliyken, bir diğerinde siyasi faktörler, dinî faktörler, hukuki faktörler daha önemli olabilir ve her durumda ağır basan bu çeşitli faktörler arasındaki etkileşim tarzıdır.

Bu açıdan bakıldığında hukuk üzerine parlak fakat üstü kapalı yazılarıyla bilinen büyük Alman sosyal teorisyen Max Weber (1864-1920), klasik Marksist düşüncedeki belirli bir ilerlemeyi temsil etmektedir. Weber, kendisinin adlandırmasıyla "Marksizmin evrime ilişkin dogmatizmini"[11] özellikle de onun her toplumun köleci ya da "Asya tipi" ekonomiden feodalizme, feoda-

---

[11] *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1966), s. 297.

lizmden kapitalizme ve sosyalizme doğru aşamalar halinde ilerlediği savını reddetmektedir. Weber, Marksizmin postülası ekonomik determinizm olan tarihsel materyalizmini de reddetmektedir. 1910 yılında şöyle demiştir: "Nedensellik hattına baktığımızda, bunun bir dönem teknik meselelerden ekonomik ve siyasi meselelere; bir başka dönemde ise siyasi meselelerden dinî ve ekonomik olanlara atladığını görürüz. Hiçbir dayanak noktası yoktur. Benim düşünceme göre, çoğunlukla kabul edilen, nedensellik zincirinde nihai noktanın ekonomi olduğu biçimindeki tarihsel materyalizm fikri, bilimsel bir önerme olarak tamamen reddedilir".[12]

Dahası Weber, Marx'ın aksine modern Batı toplumunun benzeri olmayan karakterine ve "onun gelişim yönünün evrensel önemine ve değerine" dikkat çekmektedir.[13] Modern Batı Avrupa toplumunun önemini ve benzersizliğini, Avrupa tarihinin modern-öncesi, kapitalizm-öncesi ve Protestanlık-öncesi döneminde halihazırda mevcut olan faktörlere bağlamaktadır. Weber'e göre, Orta Çağ'ın "geleneksel" ("rasyonel" olanın aksi) Batılı toplumunun yine Batılı feodalizmi, Orta Çağ'ın Batılı kenti ve diğer özellikleri kendi içlerinde, dünyanın diğer geleneksel toplumlarında olmayan güçleri, en nihayetinde Batı'yı dönüştürebilecek güçleri barındırmaktadır.[14]

Böylelikle Weber, Batı hukukunun erken gelişiminin benzersiz karakterini ve benzersiz önemini ve daha sonraki ekonomik gelişiminin önemini idrak edebilmiştir. Sadece "Garp"ın, tam anlamıyla gelişmiş bir halk adaleti sistemi olduğunu, feodalizmdeki statü gruplarının yasal olarak düzenlendiğini, zümrelerdeki prenslik iktidarının üzerinde anayasal denetimin bulunduğunu, kişisel yasaların yerini "doğal yasaların" aldığını ve Roma hukukunun başarıyla iktibas edildiğini belirtmiştir. "Bütün bu olaylar ... dünyanın başka yerlerine en uzak analojilerdir" diye yazar, "bu nedenle Garp dışında hiçbir yerde, eğitimli uzman hukukçuların kararlılıkla biçimlendirdiği hukuk aşamasına tam anlamıyla

---

[12] *Proceedings of the First Conference of German Sociologists,* 1910, Max Weber, *Economy and Society* I, s. lxiv.

[13] Max Weber, *Gesammelte Aufsatzen zur Religions-soziologie* (Tübingen, 1920), s. 1.

[14] Weber'in yazdıklarına bakıldığında bu sonucu desteklemeyen hatta reddeden pek çok alıntı bulunabilirse de destekleyecek pek çok alıntı da bulunabilir. Aslında Weber'in tarihi yazıları hayli karmaşık ve tutarsızdır, öte yandan teorik analizleri bunun tam tersidir.

geçilememiştir".[15] Weber'in düşüncesine göre, çok gelişmiş, rasyonel, hukuki kurumların varlığı kapitalizmin ortaya çıkmasının ön koşuluydu. "Ekonomik şartlar" der Weber, gördüğümüz kadarıyla her yerde önemli bir rol oynamıştır [toplumun gelişiminde] ancak hiçbir yerde tek başlarına ve kendi kendilerine belirleyici olmamışlardır... Hammadde piyasasında menfaati olanlara göre, genelde hukukun rasyonelleştirilmesi ve sistemleştirilmesi .... özelde ise yasal sürecin işlerliğinin artan hesaplanabilirliği, onların mevcudiyetinin .... hukuki güvenlik olmadan yapamayacak olan kapitalist girişimin en önemli koşullarından birisini oluşturmaktadır".[16]

Marksizmin ekonomik determinizm teorileri ile evrensel sosyoekonomik evrim modelini reddederken -ya da en azından acımasızca değerlendirirken- ve Batı hukukunun tarihi de dahil olmak üzere Garbın tarihinin benzersiz karakteri ile "evrensel önemi ve değeri"ni vurgularken; Weber'in sosyal teorisinin, kendisinin aldığı hukuk bilhassa da Avrupa hukuk tarihi eğitimine borçlu olduğu açıktır. Weber'in ilk lisansüstü derecesi hukuk üzerinedir ve ilk görev yeri Berlin hukuk mahkemeleridir. Daha sonra daha yüksek bir derece almak için üniversiteye dönmüş ve doktora tezini on iki ilâ on beşinci yüzyıllarda İtalya'daki ve diğer Avrupa kentlerindeki ticaret hukukunun ticari şirketlerle esnaf loncaları üzerindeki etkisi üzerine yazmıştır. Daha sonra, otuz yaşındayken Freiburg Üniversitesi'nde ekonomi profesörü; iki yıl sonra Heidelberg Üniversitesi'nde sosyoloji profesörü olmuştur. Her ne kadar esas şöhretini sosyolog; özellikle din ve siyaset sosyologu olması sağlasa da sosyolojik teorilerinin çoğu ağırlıklı olarak hukuk tarihine dayanmaktadır ve bunlar arasındaki en önemli çalışmalarından birisi hukuk sosyolojisi üzerindedir.

Karl Marx ise aksine, aslında her ne kadar Weber'den altmış yıl önce, ilk derecesini Berlin'de Almanya'nın en büyük hukukçusu Carl Friedrich Savigny'nin öğrencisi olarak hukuk üzerine almış olsa da sadece Savigny'nin hukuka tarihselci yaklaşımına karşı çıkmakla kalmamış aynı zamanda hukuk tarihine ve hukuk felsefesine de tümden karşı çıkmıştır.[17]

Weber'in genel olarak bir sosyal teorisyen olarak etkisi ve

[15] Rheinstein, *Max Weber*, s. 304.

[16] Ibid., s. 305.

[17] Bkz. Donald R. Kelley, "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", *American Historical Review*, 83 (April 1978), 350-367.

özel olarak da hukuk teorisyeni olarak etkisi, bütün toplumları çeşitli sınıflandırmalara ayırmasından kaynaklanmaktadır. Her toplum tipi bünyesinde kendisine uygun bir ekonomik sistemi, siyasi sistemi, hukuk türünü, dinî ve sanat tarzını barındırmaktadır. Nitekim Weber, verili bir toplum türünde olan yapısal unsurların ve onlar arasındaki etkileşimin bütüncül bir resmini çizebilmiştir. Ancak buradaki toplum türleri, tarihte görülmüş toplum türleri olmaktan ziyade "ideal toplum türleri"dir; yani model ya da paradigmadır. Weber bunların tarihte "saf" biçimleri ile bulunamayacaklarını belirtmektedir. Yine de sadece entelektüel yapılar da değildir. Bir dereceye kadar, kabaca da olsa gerçek tarihsel tecrübeye uygundurlar. Formel rasyonalite ile karakterize edilen ideal hukuk tipinde, soyut kurallar tutarlı ve mantıksal olarak düzenlenmiştir. Verili bir hukuki dava ya da problemde yürürlükteki kurallar belirlenebilir ve dava ya da problem çözülebilir. Weber'e göre, bu hukuk tipi kapitalist ekonominin ihtiyaçlarına hizmet etmektedir ve Batılı kapitalist ülkelerin mevcut hukuk sistemlerinin pek çok özelliğinde görülmektedir.

Bununla birlikte der Weber, İngiltere'nin, on dokuzuncu yüzyılda Avrupa'nın önde gelen kapitalist ülkesinin hukuku, formel rasyonalite ile karakterize edilemez. Daha ziyade, kısmen "geleneksel" hukukla (çok eski geleneklerin kutsallığına duyulan inanca dayanan) ve kısmen "karizmatik" hukuk türüyle (üstün nitelikli insanların, özellikle yargıçların kişiliğine dayanan) karakterize edilebilecek bir örnektir. Böylece üç ideal hukuk tipi arasındaki ayrım; formel rasyonel, geleneksel ve karizmatik, bir yandan mevcut hukuk sistemlerinin ayırıcı özelliklerini berraklaştırmayı bir yandan da bunlar tarihsel gerçekliğe uygun düşmediğinde Webercilerin, bunların analitik ya da "bulguya dayalı/sezgisel" değerine sığınmalarını sağlıyor gibi görünmektedir. Gerçek şu ki, verili bir sistemin özellikleri aynı anda bu ideal tiplerden, kısmen birine kısmen de diğerine denk düşebilir.

İdeal tipleştirmenin muğlaklığı, bunları teyit eden tarihi örneklere başvurulmasına, bu tarihi örneklere tipleştirmeyi çürüttüklerinde başvurmaya gönülsüz olunmasının eşlik etmesinde ortaya çıkmaktadır. Weber'in kendisi dahi, bunları var olan toplumsal sistemlerin tarifi olarak kullanmakla bunları sadece analitik bir çerçeve olarak kullanmak arasında gidip gelmiştir.

Hukukun bu üç ideal tipine -formel rasyonel, geleneksel ve karizmatik- ek olarak Weber dördüncü bir tip ön görmüştür; töz-

sel rasyonel hukuk tipi. Hukukta formel rasyonalite, soyut kuralların mantıksal bir genelleme ve yorumlamayla düzenlenmesine ve uygulanmasına işaret etmekte; yasal olarak geçerli kuralların mantık araçlarıyla derlenmesi ve rasyonelleştirilmesi ile bunların kendi içinde tutarlı hukuki önermelerin bütünü olarak biçimlendirilmesine önem vermektedir. Tözel rasyonalite ise aksine, mantıksal tutarlılığın değil etik değerlendirmelerin hakimiyetine; fayda, amaca uygunluk ve kamu düzeni gibi, önem verir.[18] Formel rasyonalite ve tözel rasyonalite ayrımını Weber, ekonomik faaliyete de uygulamıştır. Bunlardan ilki, ekonomik hesaplanabilirliğe atıfta bulunurken; ikincisi ekonomik faaliyetin etik, siyasi, faydacı, eşitlikçi, hazcı vb. değer yahut amaçlarına atıfta bulunmaktadır. Ne var ki hukukta ya da ekonomik faaliyette tözel rasyonalite, toplumun herhangi bir tarihsel tipine denk düşmemektedir (her ne kadar Weber, bunun "modern hukukun gelişiminin şekilcilik karşıtı eğilimlerinde"[19] ve geleceğin muhtemel sosyalist toplumunda ortaya çıktığını düşünse de). Buna karşılık hem hukukta hem de ekonomik faaliyette formel rasyonalitenin, on altıncı yüzyıldan bu yana kapitalist toplumdaki toplumsal faaliyetin belirleyici karakteri olduğu söylenebilir.

Benzer biçimde Weber'in bahsettiği geleneksel hukuk, geleneksel toplumların ve karizmatik hukuk karizmatik toplumların belirleyici karakteridir. Weber "geleneksel"i "kökleşmiş alışkanlıklarla belirlenen" olarak tanımlar. En azında hukukta "geleneksel" kavramı, genellikle "örf ve âdet" olarak adlandırılana denk düşmektedir. "Geleneksel otorite"de meşruiyet "asırlık kurallara ve yetkilere" dayanmaktadır. "Konulmuş kurallara değil fakat geleneğe göre otorite makamını işgal eden kişiye yahut bu makama geleneksel efendi olarak seçilen kişiye edilir". Yasa açıkça yapılmaz; yenilikler ancak geçmişin yeniden onaylanması biçiminde maskelenerek meşrulaştırabilir. Gerontokrasi (yaşlıların yönetimi), partiyarkalizm ve patrimonyalizm geleneksel hakimiyetin türleridir. Eski Çin, Mısır ve İslam'da örnekleri bulunabilir. Feodal otorite, Weber'e göre pek çok patrimonyal nitelik taşımaktadır ve dolayısıyla "Batı feodalizmi, patrimonyalizmin marjinal bir örneği"[20] olsa da geleneksel otoritedir.

---

[18] Rheinstein, *Max Weber*, ss. 63-64.

[19] Ibid., s. 303.

[20] Weber, *Economy and Society*, ss. 226-227 ve 1070.

"Karizmatik", "tek bir kişinin üstün kişiliğine, kutsallığına veya kahramanlığına ve o kişinin buyurduğu ya da ortaya koyduğu normatif modellere duyulan bağlılık"la tanımlanır. Bu belki de Weber'in tasarladığı otorite tipleri arasında en kapalı olanıdır. Zira "karizma" sözcüğü "Tanrı vergisi ya da lütuf" anlamına gelmektedir ve Hıristiyanlığın erken dönemlerinde Kutsal Ruh'un bir Hıristiyan'a bahşettiği şifa gücüne atıfta bulunmaktadır. Büyük Alman tarihçi Rudolph Sohm, "karizmatik" sözcüğünü on ikinci yüzyıldan önceki kilise hukukunun temelini oluşturan kutsal lütfu ifade etmek için kullanmıştır. Weber, sözcüğü Sohm'dan almış ve kişilikleri "doğuştan doğaüstü ve insanüstü yahut en azından özellikle olağanüstü güç ve niteliklerle donatılmış" kişiler için kullanmıştır. Weber, bunlara sadece "kurtarıcıları, kahramanları ve peygamberleri" değil fakat "değer yargılarıyla hareket etmeyen sosyolojik bir analizin hepsini aynı düzeyde ele alacağı"[21] iddiasıyla büyücüleri, şamanları ve demagogları da dahil etmiştir.

Weber'e göre, rasyonel otorite, özellikle de bürokratik olarak adlandırdığı alt-türleri, "entelektüel olarak analiz edilebilen kurallara bağlıyken karizmatik otorite bütün kurallara yabancı olması anlamında özelliği gereği irrasyoneldir. Geleneksel otorite ise geçmişten gelen teamüllere bağlıdır ve bu bağlamda kural odaklıdır. Karizmatik otorite, kendi alanında geçmişi reddeder ve bu bağlamda özellikle devrimci bir gücü vardır".[22] O halde karizmatik *hukuk* diye bir şey yok gibi görünecektir. Ancak Weber bu sonuca ulaşmaktan, "saf halinde karizmatik otoritenin gündelik hayatın rutin yapılarına özellikle yabancı karakterde" olmasına rağmen böylesi yapılara dönüşebileceğini; rutinleşebileceğini varsayarak kaçınmıştır. Gerçekten de yapısı gereği istikrarsız olduğu için, karizmatik otorite ayakta kalabilmek için "ya gelenekselleşerek ya rasyonelleşerek ya da ikisi birlikte"[23] dönüşmek zorundadır. Weber "karizmatik olanın rutinleşmesine" ilişkin örnekleri eski Roma toplumunda, Budist ve Hindu toplumlarında, Roma Katolik Kilisesi'nde, Cermen kabilelerinde ve köylü toplumunda ve diğer yerlerde bulmuştur. Weber bir noktada bütün otorite tiplerinin ve hukukunun başlangıcı itibarıyla

---

[21] Ibid., s. 242.
[22] Ibid., s. 244.
[23] Ibid., s. 246.

karizmatik olduğunu ileri sürmüştür: Sadece münferit olaylarda neyin hak olduğu değil gelecekteki bütün benzer olaylara ilişkin genel normlar da karizmatik, tanrı vergisi niteliklerle donatılmış kişiler tarafından ortaya konulmuştur. "Hukukun böyle ortaya konması ... vazedilen bütün hukukun ebeveynidir" diye yazmaktadır Weber.[24] Dahası "karizmatik hukuk yapma ve bulma döneminin ayırt edici nitelikleri rasyonel yasalaştırma döneminde ve hukukun uygulanmasında da dikkate değer ölçüde devam etmiştir ... geç bir dönemin Blacstone gibi bir yazarı dahi İngiliz yargıçlarının bir tür yaşayan kâhin olduğunu söylemiştir".[25]

Weber'in rutinleşme kavramı aksi halde özünde statik olabilecek bir modele dinamizm katmaktadır. Diğer bir dinamik unsur ise, geleneksel otorite ve hukuktan rasyonel olana geçiştir. Ki, burada geleneksel toplumun uzmanlaşmış eğitimli hukukçuları, hukuku yeni rasyonel ve bürokratikleşmiş toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere sistemleştirmede önemli rol oynamıştır. Ancak görünen o ki, sadece Batı, içsel olarak gelenekselden rasyonel, bürokratik bir toplum tipi olmaya ilerlemiştir. Weber'e göre bu ilerlemenin kaynakları, herhangi bir genel eğilimden ya da geleneksel toplumların "gelişme yasası"ndan ziyade Batı tarihinin benzersiz olaylarında bulunmaktadır. Weber," teorik bir bakış açısıyla hukukun ve usulün genel gelişiminin birbirini izleyen aşamalardan geçtiğinin görülebileceğini" belirtmekte ve kabaca karizmatik, geleneksel ve formel rasyonel tiplere uyan çeşitli aşamaları sıralar. Ancak hemen ardından "tarihsel gerçeklikte teorik olarak inşa edilen aşamaların ... her yerde hatta Batı'da bile birbirini belirtilen sırada izlemediğini" belirtmiştir.[26]

Eğer Weber'in sosyolojisine ve sınıflandırmasına itibar edilmez ve sadece Batılı hukuki kurumların spesifik özelliklerinin tarifi dikkate alınırsa, Weber'in Batı hukukunun sekiz yüzyıllık gelişimine dair sunduğu muazzam genişlikteki detaylı bilgilerden etkilenmemek mümkün değildir. Weber, bu çalışmada sunulan faktörlerin pek çoğunu teyit etmektedir: On birinci yüzyılın sonları ve on ikinci yüzyılın başlarında Kilise ile devletin ayrılmasının temelinde bulunan Atama Mücadelesi, on ikinci yüzyıldaki yeni kanon hukukunun ilk modern Batılı hukuk sistemi olduğu,

---

[24] Ibid., s. 76.

[25] Ibid., s. 86.

[26] Rheinstein, *Max Weber*, ss. 304-305.

Batı feodalizmini diğerlerinden ayıran lordlarla vasalların haklarının ve yükümlülüklerinin karşılıklılığı, on ikinci yüzyılın Batı kentleri ile bu kentlerin sakinlerine anayasal haklar vermelerinin benzersizliği. Yine de on altıncı yüzyılda Orta Çağ'la Modern Zamanlar ve feodalizm ile kapitalizm arasında keskin bir kırılma öngören tarih yazımı, Weber'in bu olgulardan doğru sonuçlara ulaşmasını engellemiştir. Weber'e göre, Marx'a göre olduğu gibi, Batı hukuku burjuva hukukudur, kapitalist hukuktur yahut Weber'in özgün terminolojisi ile bürokratik hukuktur, formel rasyonel hukuktur.

Eğer Weber'in ideal hukuk tiplerine ilişkin sınıflandırması, Batı'nın on birinci yüzyılın sonları ile on ikinci yüzyılın başlarındaki hukuk sistemlerine uygulanacak olursa, bu hukuk sistemlerinin hepsinin ideal tiplerin dördünün *birleşimi* olduğu gerçeği karşısında şaşkına dönecektir. Yeni kanon hukuku, yeni kent hukuku, yeni feodal hukuk, malikane hukuku, yeni merkantilist hukuk, yeni krallık hukuku -hepsi de kuralların önemini ve kuralların uygulanmasının mantıksal tutarlılığını vurgulamıştır. Gerçekten de üniversitelerde öğretilen hukuka odaklanılırsa, on dokuzuncu yüzyılın Alman Pandekt hukukçularının, Weber'in formel rasyonel, bürokratik hukukun yüceltilmesi olarak aldığı kavramsal hukuk felsefesinin tohumları görülecektir. Hepsi de Weber'e göre geleneksel hukukun alameti farikası olan teamüllerin ve geleneklerin önemini vurgulamıştır. Ayrıca kanon hukuku ve krallık hukuku, özellikle, karizmatik unsurlara sahipti; papaya ve krala hukukun Tanrı tarafından atanmış kahinleri olarak bakıyordu. Diğer sistemler de ilahi ve çoğunlukla sihirli olanla bağlarının pek çoğunu muhafaza etmiştir. Örneğin, her biri ağırlıklı olarak yeminlere dayanıyordu. Son olarak Weber'in tözel rasyonalite kavramı akıl ve bilinç bağlamında, kuralların amaçları ışığında yorumlanmasını gerektiren ve yoksulları ve zavallıları koruyup güven ve özen ilişkilerini destekleyerek "sıkı bir kuralı" istisnai durumlarda çiğneyen doğal hukuka ve hakkaniyete yapılan vurguya yansımıştır.

Muhtemelen hukukun mantıksal, geleneksel, kutsal ve amaçsal boyutlarının böylesi bir birleşimi, hukukun organik bir topluma etkili entegrasyonu için zorunluydu ve zorunludur -sürekli gelişme kapasitesine sahip bir hukuk gövdesi.

Weber'in hukuku ideal tiplerine göre sınıflandırmasının, hukukun sosyal teorisine ilişkin kendi başına yeterli bir temel sun-

madığı aşikardır. Kuşkusuz tarihteki çeşitli hukuk düzenleri arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları analiz etmeye bir başlangıç oluşturabilir ancak bu benzerlikleri ve farklılıkları açıklamaz. "Karizmatik hukukun neden bir toplumda gelenekselleşir veya rasyonelleşirken diğerinde böyle olmadığı" sorusunu da cevaplamamaktadır. Dahası Batı hukuk geleneğinin bu dört hukuk tipinin birleşimi olduğunu açıklamak bir yana, bundan bahsetmemektedir bile.

Weber'in Batı hukukunun benzersizliğine ve genel olarak hukuk düzenleri arasındaki farklılıklara ilişkin kendi açıklaması, onun ideal tip teorisinde değil siyaset teorisinde özellikle de siyasi hayatın itici gücünün egemenlik, egemenliği kurma aracının da zor olduğuna ilişkin teorisinde bulunmaktadır. Weber, hukuk düzenleri arasındaki farklılıkların başlıca belirleyicisi "siyasi iktidar ilişkilerinin çeşitliliğiydi" diye yazmıştır. Weber, haklı olarak büyük önem atfettiği farklı kültürlerdeki hukuk uzmanlarının doğalarındaki ve işlevlerindeki farklılıkların bile, "büyük ölçüde siyasi faktörlere bağlı" olmalarıyla açıklamıştır; ki, burada siyasi iktidar faktörünü kastetmektedir.[27]

Böylece Weber, Marx'ın da ait olduğu ekonomik ve siyasi teori geleneğinin içinde kalmıştır ancak Marx'ın aksine, tarihte temel oluşturan ekonomik nedensel faktörlerden ziyade siyasi olanların -arızi vazgeçişlere rağmen- izini sürmüştür. Aynı sebeple tarihteki fikirlerin önemine Marx'tan daha fazla önem atfetmiştir. Bu iki nedenle de siyasi ve entelektüel unsurların daima birleştiği hukukun rolüne de daha fazla önem atfetmiştir. Ancak nihayetinde Weber, fikirleri ve hukuku siyasete; siyaseti de egemenlik ve zora dayandırmıştır. Karizma, gelenek ve rasyonalite, Weber'e göre siyasi iktidarın meşruiyetinin zorun etkili kullanılabileceği başlıca kaynaklarıdır.

Marksist ve Weberci sosyal teorilere; antropologların Batılı olmayan çeşitli kültürlerdeki "devlet-leşmiş toplum"lara [*state-level societies*] ilişkin çalışmalarıyla geliştirilen az çok karmaşık türde bir sosyo-tarihi analiz; üçüncü bir teori eklenmiştir. Bu çalışmalar; Antlar'daki İnkalar, Orta Amerika'daki Mayalar, Yakın Doğu'daki İslam uygarlıkları, Eski Mısır, Hindistan ve Çin'i kapsamaktadır. Pek çok antropolog, tekil ailelerin küçük eşitlikçi birliklerinin aile gruplarından oluşan daha geniş kabileler haline

[27] Ibid.

geldiklerini ve bunların da soylarına göre belirlenen beyliklere ve nihayetinde tabakalaşmış, farklılaşmış merkezî devletlere evrildiklerini belirterek on dokuzuncu yüzyılın evrimci kavramlarına dönmüştür. Beyliklerden devlete geçişin en önemli nedenlerinin ("ana muharriklerinin") yeni sulama teknolojileri, savaş, nüfus artışı ve ticaret olduğu söylenmektedir. Ek olarak doğası gereği az çok spesifik iki başka faktör de zaman zaman vurgulanır: Toplumdaki farklılaşmış gruplar arasındaki "iş birliği ve rekabetin" artması ile büyük dinlerin ve sanat tarzlarının "birleştirici gücü". Bir görüş ise "devletlerde fiili entegrasyonu mümkün kılan, toplumun üyeleri ve sınıfları arasında hiyerarşik düzenlemeyi" yaratan tek bir nedenin olmadığını fakat genel olarak çevre ve ekonominin belirleyici olduğunu savunmaktadır. "Devlet dinlerinin ve devletin sanat tarzlarının hayati katkısı bu hiyerarşiyi meşrulaştırmak ve dinî deneyime ikna ederek en üsttekilerin ilahi üyeliğini onaylamaktır". Kurumsal yapıları ve hukuki süreçleri de dahil olmak üzere iş birliği ve rekabetin tümüyle tarafsız olduğu düşünülmüştür: "Bunlar kolayca evrimi desteklemek için homeostaziyi [özdenge] sürdürme işlevini görebilirler".[28]

Devletli toplumların belirmesinin anahtarının "tabakalaşma"; başka deyişle, yönetenlerle yönetilenler ve yönetilenler arasındaki farklılaşma ve yönetilenlerin kendi içinde çeşitli gruplara ve sınıflara ayrılması olduğu söylenmektedir. Tabakalaşmayla birlikte çatışma, çatışmayla birlikte siyasi merkezîleşme ortaya çıkmış; dolayısıyla devlet de evrenin mantıksal ve sistemik açıklamasıyla, özellikle bilim ve teoloji aracılığıyla olduğu kadar toplumsal denetimin mantıksal ve sistemik biçimi olan hukukla desteklenmiştir.

Her ne kadar bu antropolojik teorilerin yazarları, erken Avrupa tarihine çok az ilgi göstermiş olsalar da diğer kültürlerdeki seyrine benzer biçimde Batı'da da devletin teoloji, bilim ve hukukla birlikte ortaya çıktığını varsayma eğiliminde olmuşlardır. Ancak aslında Batı'da devletli toplumun ortaya çıkışıyla diğer kültürlerde ortaya çıkışı arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır ve bu farklılıklar, sadece antropologların teorileriyle değil Marx ve Weber'in sosyolojik teorileriyle de açıklanamamaktadır.

İlk farklılık, Batı'da on birinci yüzyılda ilk ortaya çıkanın

---

[28] Kent V. Flannery, "The Cultural Evolution of Civilizations", *Annual Review of Ecology and Systemics*, 3 (1972), 399, 407.

"devlet" değil daha ziyade devlet biçimindeki kilise olduğudur. Dahası her ne kadar kilise merkezîleşmişse de ve kilisenin merkezî bir sistematik bir hukuku olsa da hayatın sadece yarısını yönetme iddiasında olmuştur. Hayatın diğer yarısı, aynı topraklarda kiliseyle ve birbirleri ile eş zamanlı mevcut olan çeşitli seküler otoritelerce yönetilmiştir. Seküler iktidarların siyasi ve hukuki kurumları merkezîleşmiş kilisenin ve onun merkezî ve sistematik hukukunun ortaya çıkmasından sonraki iki üç yüz yıl içinde aşama aşama merkezîleşmiş ve sistematize edilmiştir. "Devlet-leşmiş" kilise ile "devlet-leşmiş" seküler otoriteler arasında olduğu gibi devlet-leşmiş seküler otoriteler arasında da rekabet ve iş birliği -kimi zaman akut bir rekabet- mevcuttu.

Batı toplumunun ikinci bir ayırıcı özelliği daha gelişiminin ilk aşamasında; teoloji, din ve hukuk arasında örülen ve dinî otoritelerle seküler otoriteler arasındaki diyalektik gerilime denk düşen diyalektik gerilimdir. Bu dünya ile öte dünya, akıl ile inanç, beşerî hukuk ile ilahi hukuk arasındaki gerilim, Batı Hıristiyan aleminin parçalanması tehdidini doğurmuş ve nihayetinde Protestan Reformu'yla parçalamıştır da.

Üçüncüsü, toplum bir aradaydı ve teolojisi, bilimi ve hukuku kısmen benzersiz bir zaman içinde gelişme, süreklilik ve evrim algısına eşlik eden geçmişteki büyük devrimin anısı ve gelecekteki devrimin önsezisiyle birlikte, onun mantıksal ve sistemik karakterinde veriliydi. Yüz yıllar boyunca cereyan eden evrim ile devrim arasındaki diyalektik etkileşimin deneyimi, Batı tarihinin benzersiz bir özelliğidir. Kilise, Gregoryen Reformu'nu ve Gratianus'un oluşturduğu *ius novum*'a dönüp bakmış ve Wycliffe, Hus ve Konsey Hareketi'nin taraftarlarının tavsiye ettiği türden reformlara direnmiştir. Kent devletleri, kendilerine bahşedilen ve periyodik olarak yenilenen özgürlük beratlarını hatırlamış ve dışarıdan ya da içeriden gelen siyasi isyanlara ya da reform taleplerine ya direnmiş ya da onları desteklemiştir. Krallıklar da arka plandaki Kıyamet günü ve köklü devrimci değişimle birlikte hızlı ya da yavaş benzeri bir hukuki evrim diyalektiğinden geçmiştir.

Batı hukuk geleneğinin bu ayırıcı özelliklerini ne antropolojik tabakalaşma teorileri ne de ekonomik determinizme veya siyasi egemenlik türlerine ilişkin sosyolojik teoriler açıklayabilmiştir. Bunlar, *bir tür* hukuk düzenine duyulan ihtiyacı yahut arzuyu açıklamaya yardımcı olmuş ama Batı'da, ayırt edici dinamikleriyle fiili olarak ortaya çıkan *özgün* hukuk düzeni türüne duyulan ihtiyacı ya da arzuyu açıklamamıştır.

Yine de devlet-leşmiş toplumun yükselişine dair antropolojik teoriler gibi Marx'ın ve Weber'in hukukla ilgili teorileri, bunların tarihi ve ekonomi ve siyasetle olan ilişkisi; kısmen geniş ölçüde kabul edildikleri (genellikle sulandırılmış versiyonları ile olsa da) için kısmen de önemli sorulara cevaplar sundukları için dikkate alınmayı hak etmektedirler. Buna itirazı olanlar ya bu cevapları kabul edecektir ya da daha iyi cevaplar bulacaktır. Eğer hukuk, esas olarak sınıf hakimiyetinin bir aracı değilse, o halde nedir? Eğer Batı hukuku oluşum döneminde, feodalizmin ideolojik yansıması değildiyse, o halde neydi? Eğer çağdaş Batı hukuku özel mülkiyete, sözleşme serbestisine ve kapitalizmin diğer kurumlarına dayanmıyorsa, o halde neye dayanıyordu? Batı tipi hukukun formel rasyonel olarak ve hizmet ettiği toplumsal düzenin bürokratik olarak nitelendirilmesi tatmin edici değilse, hangi nitelendirme uygun olacaktır? Eğer hukuku toplumun ekonomik temel üzerine inşa edilen ideolojik üst-yapısının bir parçası değilse, ister ekonomik olsun (Marx) ister siyasi (Weber), o halde tarihi fikirlerin çarpışması ve sentezi olarak gören kabul edilemez Hegelyenizme dönülmüş olmayacak mıdır? Batılı hukuki kavram ve değerlerin basitçe entelektüel ve ruhani bir çabayla filizlenmeye başladığına ve bizzat bunların Batı'nın ekonomik ve siyasi sistemlerinin itici gücü ya da başlatanı olduğuna inanılmalı mıdır?

Hem Marksist hem de Weberci sosyal teori, hukukun ve hukuki kurumların gelişiminin salt ideolojik ya da salt ideal açıklamalarına başvurmamak konusunda çok değerli uyarılardır. Sosyal teorisyenler, Batı'da sofistike modern hukuk sistemlerinin ortaya çıkışının sadece fikirlerin çarpışmasının sonucu olmasıyla açıklanamayacağına ilişkin inançlarında elbette haklılar. Kuşkusuz farklı fikirlerdeki insanların ve grupların siyasi mücadeleleri sebep olmuştur ancak kısmen bir devrimin sonucudur da. Öte yandan sosyal teorinin sorusu devrime neyin sebep olduğudur. Eğer devrim sadece bilanço raporuyla anlatılıp ve açıklanmayacaksa, devrimin aslında yüzeyde göründüğü gibi olduğuna; elitler arasında ideolojik ve siyasi mücadeleye (papalık imparatorluğa ya da krallığa karşı) dair gizli bir ima olabilir. Devrim köylerde, malikanelerde ya da kasabalarda yaşayan halk kitleleri arasında olup bitenlerle de doğrudan ilgili değil miydi? Eğer yukarıdakilerin resmî ideolojisi ve iktidar sorunları doğrudan aşağıdakilerin toplumsal ve ekonomik hayatlarıyla ilgiliyse, o halde

oluşum halindeki yeni hukuk sistemleri sadece siyasi ve entelektüel tarihin bir parçası olarak değil fakat aynı zamanda toplumsal ve ekonomik tarihin de bir parçası olarak açıklanabilir.

Marksizmin ideolojik üst-yapının bir parçası olarak hukuk sınıflandırması dahi hukuk tarihinin, bütün toplumun ekonomik ve toplumsal hayatının düzenlenmesinden ziyade yalnızca resmî hukuk politikalarının ve hukuki kavramların gelişmesi olarak ele alınmasına yol açabilir. Pek çok Marksist, hukuku ekonomik temelden bağımsız görür; mülkiyeti de ekonomik kurum olan mülkiyetten ayrı bir hukuki bir kurum olarak görür. Her ne kadar hukukun sınıfların ekonomik çatışmasının yansıması olduğu yönündeki temel Marksist postüla takdir edilse de bu başlık altında ele alınan hukukun toplumsal ve ekonomik hayatta nasıl bir işlevi olduğunu değil; hâkim toplumsal değerleri ifade etme biçimi ya da hukukun ideolojik niteliğini açıklama biçimidir.

Hem hukukun idealist kavramsallaştırılmasına hem de siyasi-hukuki değişime ilişkin elitist teorilere yönelik önemli bir düzeltme; hukuk politikalarını ve hukuki kavramlarla kurumları sosyal piramidin tabanındaki toplumsal hayatta, yani toplumun büyük çoğunluğunun arasında göründükleri biçimiyle inceleyen tarihçiler, sosyologlar ve antropologlar tarafından yapılmıştır. Papalık Devrimi döneminde bunlar; kabile şefleri, prensler, lordlar, piskoposlar, başpapazlar, hukukçular ve âlimler değil kabile üyeleri ve köylüler, özgür köylüler ve serfler, esnaf, tüccar, mahalle papazları, keşişlerdi. O dönemdeki toplumun aşağı tabakalarına ilişkin bir çalışma, piramidin en altında olup bitenlerle en üstünde olup bitenler arasında yakın bir ilişki ve etkileşim olduğunu göstermektedir.

Bilhassa, Papalık Devrimi'yle ortaya çıkan kilise otoriteleri ile seküler otoriteler arasındaki rekabet ve iş birliği sistemi, önceki yüzyıllarda köylü kitleleriyle imparatorluğun ve krallığın üst tabakası arasındaki gruplaşmalarla tabandaki grup çoğulculuğu gelişmediği müddetçe tesis edilemezdi.[29] Benzer biçimde, papalık otoritesine tabi Roma Katolik Kilisesi'nin siyasi birliği, önceki yüzyıllarda tabanda Batı Hıristiyan alemi boyunca genişleyen inananlar topluluğu, *populus christianus* olmasaydı gerçekleşe-

---

[29] Bkz. Grace Goodell, "From State to Contract: The Significance of Agrarian Relations of Production in the West, Japan, and in 'Asiatic' Persia", *European Journal of Sociology*, 21 (1980), 285-325, öz. 288-291.

mezdi. Ayrıca hukukun çeşitli toplulukların bünyesinde dinî ve seküler sistematizasyonu sadece daha önce bu topluluklarda sistemsiz ve gayrı resmî hukuki ilişkiler geliştirildiği için mümkün olmuştur. Lord-vasal ilişkileri -şövalyelik, arpalıklar- bu sayede ortaya çıkmıştır. Lord-köylü ilişkileri, köylü ayaklanmalarında çıkmış ve malikane ekonomisi biçimini almıştır. Rodney Hilton, onuncu yüzyıl kadar erken bir dönemde Normandiya'daki köylerde bölgesel toplantılardan genel köylü meclislerine katılmak üzere temsilciler seçildiğini ve yine bu erken dönemde köy otoriteleri ile köylüler arasında işgücüne, hizmetlere, ücretlere, alacaklara ve haklara dair müzakere pratiğinin geliştirildiğini belirtmektedir.[30] Aşağıdan yukarıya her tabaka gerektiğinde üstünden makul olmasını talep edebilirdi.[31] Bu, hukuk daha bir üniversite disiplini haline gelmeden, profesyonel hukukçular ve yargıçlar ortaya çıkmadan ve farklı hukuklar sistematize edilmeden çok önce vuku bulmuştur.

Batı hukuk geleneği -kısmen- zemindeki grupların bünyesindeki ve gruplar arasındaki karşılıklı ilişkilerin toplumsal ve ekonomik yapısından doğmuştur. Karşılıklı ilişkilerin davranışsal örüntüleri, normatif bir boyut kazanmıştır: Alışkanlıklar gelenek haline gelmiştir. Sonunda da gelenek hukuka dönüşmüştür. Bu dönüşümlerin sonuncusu -gelenekten hukuka- kısmen, en yukarıda denetlemek için bilinçli bir yeniden yapılanma ihtiyacı doğduğunda ve aradaki ve alttaki yavaş değişim yapısını hedef aldığında neden merkezî siyasi otoritelerin ortaya çıktığını açıklamaktadır. O halde hukuk, farklı bir hal almış gelenektir ve sadece yasa koyucunun iradesi yahut aklı değildir. Hukuk sadece aşağıdan yukarıya değil yukarıdan aşağıya da uzanır.

O zaman sosyal teori Marx'ın ve Weber'in kabul ettiğinden daha geniş bir hukuk kavramını kabul etmelidir. Hukuk, onların inandığı gibi, bir baskı aracıdır, yasakoyucunun iradesini gerçekleştirmenin aracıdır. Ancak hukukun genellikle hukuk felsefesinin pozitivist okuluyla özdeşleştirilen bu teorisi hikâyenin sadece bir kısmını anlatmaktadır. Hukuk insan mantığının kavradığı moral standartların da ifadesidir. Doğal hukuk teorisiyle ilişkilendirilen bu hukuk görüşü de kısmen doğrudur. Nihayet, hu-

---

[30] Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (London, 1973), ss. 70-71, 74-75.
[31] Goodell, "From Status to Contract", s. 298.

kuk geleneğin doğal sonucudur, tarihsel olarak kök salmış değerlerin ürünü ve topluluğun normlarıdır. Bu üçüncü görüş, hukuk felsefesinin tarihselci okulu ile özdeşleştirilmektedir ve -diğer iki okul gibi- gerçeğin üçte birini temsil edebilir.

Bu üç perspektifi birleştirerek Marx'ın ve Weber'in ortaya koydukları sorulara verdikleri yanıtlardan daha tatmin edici cevaplar verilebilir. Hukuk, kısmen sınıf hakimiyetinin bir aygıtı ve yönetici sınıfın çıkarlarının ideolojik yansımasıdır. Bunu kanıtlayabilecek örnekler her hukuk sisteminde bulunabilir. Fakat hepsi bu değildir. Batı'daki hukuk aynı zamanda yönetici sınıfın keyfi iktidarına karşı bir korumadır ve hukukun ziyadesiyle tarihin önceki dönemlerinden elde ettikleri olduğu kadar akıl ve ahlaktan türettikleri de zorunlu olarak yönetici sınıfın çıkarlarını yansıtmamaktadır.

Benzer biçimde on altıncı yüzyıldan önceki Batı hukukunun feodalizmin ideolojik yansıması olduğunu söylemek o hukukun sadece bir boyutuna işaret etmektir. Diğer boyutları da -örneğin on üçüncü ve on dördüncü yüzyıllardaki odun ticaretini ya da baharat ticaretini finanse etmek için geliştirilen ticari kredi hukuku- kapitalizmin yansımasıdır. Lonca hukukunun çoğu doğası gereği sosyalistti. Kanon ceza hukukunun büyük bir bölümü hukukun intikam alması bağlamındaki müeyyidelerine verdiği önemle herhangi bir sosyoekonomik sisteme uygun düşüyor gibi görünmektedir.

Keza, modern Batı hukuk sistemlerini kapitalizmin ideolojik yansımaları olarak kategorize etmek fazla basite indirgemektir. Modern yasaların çoğu niteliği bakımından kapitalist olmaktan ziyade feodaldir. Çoğu sosyoekonomik terimlerle nitelendirilmeye meydan okumaktadır. Sadece ekonomik ve siyasi oluşumların türlerinden değil aynı zamanda felsefi, dinî ve diğer ölçütlerden de yararlanan daha karmaşık bir sınıflandırmaya ve nitelendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Hukukun maddi temelin ya da ideolojik üst-yapının bir parçası olarak görülüp görülemeyeceğine dair sorunun cevabı, bir kere daha Batı hukukunun her ikisi de olduğudur -belirtilmelidir ki, Batı hukukunun bu dikotomiyi gösterdiğini söylemek yanlıştır. Hukuk, üretim tarzının en fazla çiftlik arazisi ya da makine kadar parçasıdır; arazi ya da makine işlemedikçe hiçbir şeydir ve hukuk işleyişin integral parçasıdır. Mahsul, emeğin ve mübadelenin hakları ve yükümlülükleri olmadan ekilip biçilemez. Maki-

ne üreticiden kullanıcıya geçmedikçe ve kullanılmadıkça üretilmiş olmaz ve bu faaliyetlere ilişkin bir tür hukuki düzenleme olmadıkça fayda ve maliyet değer kazanmaz. Böylesi bir hukuki düzenlemenin kendisi kapitalizmin bir formudur. Marx ekonomik bir güç olarak mülkiyeti bir hak olarak mülkiyetten; ilkini sebep ikincisini sonuç yaparak ayırmıştır. Ancak bu ayrım toplumsal-ekonomik gerçeklikte nadiren yapılmaktadır. Bunlar genel olarak aynı şeye atıfta bulunmanın iç içe geçmiş iki yoludur.

Yine de bu, hukukun *sadece* toplumsal-ekonomik bir olgu olduğunu söylemek ya da sadece yasal hakkın ekonomik güç olduğunu söylemenin başka bir yolu değildir. Hukuk sadece bir olgu değildir; hukuk aynı zamanda bir ideadır, bir kavramdır ve bunlara ek olarak bir değer ölçüsüdür. Hukuk, kaçınılmaz olarak entelektüel ve moral boyutlara sahiptir. Salt entelektüel ve moral değerlerden farklı olarak hukukun uygulanması gerekir ancak salt maddi koşullardan farklı olarak idealardan ve değerlerden oluşur. Daha önemlisi hukukun ideaları ile değerlerinin, diğerleriyle -ve toplumun hukuki olmayan idea ve değerleriyle, yani bir bütün olarak toplumun ideolojisiyle de- belli bir ölçüde tutarlı olması beklenmektedir.

Hukukun, tam da doğası gereği *hem* maddi *hem* ideolojik olduğu gerçeği; hukukun *hem* bütün toplumun gelenek ve yapılarından yukarıya doğru geliştiği *hem de* toplumun yöneticilerinin politika ve değerlerinden aşağıya doğru ilerlediği gerçeği ile bağlantılıdır. Hukuk bu ikisinin bütünleşmesine yarar. Böylece en azından teorik olarak toplumsal-ekonomik koşullarla siyasi-ahlaki ideoloji arasındaki çatışma; ki, Mark bu çatışmayı devrimin başlıca nedeni olarak görmüştür, hukuk tarafından çözülebilir. Bu kısmen -Marx bunu hoş karşılamayacaktır- Marx'ın hukuku ideolojiye indirgemekten kaçınması teorik sonucundan kaçınmak içindir.

Son olarak, Batı'daki hukuk -Papalık Devrimi'nden beridir-diyakronik [artsüremli] bir unsura; dahası güçlü bir geleneğe sahiptir. Gelenek tarihsel süreklilikten öte bir şeydir. Gelenek bilinçli ve bilinçdışı unsurların karışımıdır. Octavio Paz'ın sözleriyle "Bu bir toplumun -kurumlar, anıtlar, eserler, şeyler gibi- görünen yanıdır; fakat şunlar da onun suyun altındaki, görünmeyen yanıdır: inançlar, arzular, korkular, bastırmalar, rüyalar". Hukuk, çalışmalarda genellikle toplumun görünen yanıyla ilişkilendirilir; ancak Batı hukuk tarihine, özellikle köklerine dair bir

inceleme, onun bir halkın en derin inançlarında ve duygularında kök salmış olduğunu açığa çıkaracaktır. Araf korkusu ve Kıyamet günü umudu olmasaydı, Batı hukuk geleneği vücut bulamazdı.

Yine Octavio Paz'ın sözleriyle "Bir toplum ne vakit krize girse, gözlerini sezgisel olarak köklerine çevirir; orada bir işaret arar".[32]

---

[32] Octavia Paz, "Reflections: Mexico and the United States", *The New Yorker*, September 17, 1979, ss. 138, 153.

Teşekkür

Bu kitabı 1938'de *London School of Economics*'te hukuk tarihi alanında yüksek lisans öğrencisi olarak yazmaya başladım. 1640-1689 İngiliz Devrimi'nin İngiliz Hukuku'nun gelişimi üzerindeki etkisini incelemek için Eugen Rosenstock-Huessy'den ilham alarak Londra'ya gitmiştim. Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemde İngiliz hukuk tarihçilerinin dekanı olan T. F. T. Plucknett, Glanvill ve Bracton ile on ikinci ve on üçüncü yüzyıllardan başlamadıkça İngiliz hukuk tarihinin tek kelimesini bile anlamayacağımı söyledi. Onun tavsiyesini dinledim, ama aynı zamanda R. H. Tawney'nin 17. yüzyıl İngiliz tarihi dersini de takip ettim. Bu üç isim, çok farklı zamanlardan gelmiş olsalar da hepsi büyük Avrupalılardı: Plucknett'in düşüncesi on ikinci ilâ on yedinci yüzyıllara dayanmaktadır; Tawney on yedinci ilâ yirminci yüzyıllar arasında; Rosenstock-Huessy, Dünya Savaşı Devrimi dediği şeyin ardındandır. Bu kitabın üçünün de çalışmalarına dayandığını düşünmek isterim.

Aradan geçen on yıllarda, çok sayıda öğrenci araştırma asistanının yanı sıra birçok meslektaşım ve arkadaşım bana yardım etti. Bu sayfalarda yardımları grafik olarak yansıtılan sadece üçünden bahsedeceğim: Haritaları hazırlayan Carmen Arevalo; şekil 2'yi hazırlayan Robert Chesler ve şekil 1'i hazırlayan George Size.

Houghton Mifflin Company'ye, Archibald MacLeish'in *The Human Season*'ından "*The Metaphors*"un bir kısmının yeniden basılmasına -telif hakkı © 1972 Archibald MacLeish'e aittir- ve keten el yazmaları üzerinde bulunan "*Maxims*" adlı bir Anglo-Sakson şiirinden alıntı yapma izni verdiği için Britanya Kütüphanesi'ne şükranlarımı sunarım.

Taslakları bitirmek ve devamını planlamak için son derece samimi bir ortam sağladığı için *National Humanities Center* [Ulusal Beşerî Bilimler Merkezi]'ne de teşekkür etmek isterim.

HUKUK VE DEVRİM

HAROLD J. BERMAN

"Bu kitapta anlatılan hikâyenin ayrı ayrı parçalarını uzman tarihçiler ve hukukçular çok iyi biliyor. Yine de tek başına hikâyenin bütünü bilindik değil ve alışılagelmiş peşin hükümlerle çatışıyor. Üstelik Batı tarihinin geleneksel dönemselleştirmesine de itiraz ediyor. Batı uygarlığının tarihini tek tek milletlerin tarihi olarak ele almaktansa bir bütün olarak değerlendiriyor. Dahası genellikle modern öncesi döneme ait olduğu düşünülen modern niteliklere atıfta bulunuyor. Genellikle feodalizm çağı olarak adlandırılan dönemin baskın feodal niteliğini reddediyor ve feodal hukuk ile malikane hukukunu ticaret hukukunun, kent hukukunun ve krallık hukukunun zıddı olarak değil tamamlayıcısı olarak ele alıyor".

Yaşamı boyunca yirmi beş kitap ve yüzlerce makale yayınlamış olan hukuk kuramcısı ve tarihçisi Harold J. Berman (1918-2007), Batı hukuk geleneğinin oluşumunu bir bütün olarak sosyal, siyasi ve dinî temelleri ile açıklamaya çalışmasıyla tanınıyordu. Bu çalışma Batı hukuk geleneği ile ilgilenen herkesin ya referans göstermesi veya hesaplaşması gereken bir eser olarak abidevi bir değer kazanmıştır.

ISBN : 978-605-7768-34-6

9 786057 768346 >

(K.D.V.'den muaftır)

pinhanyayincilik.com
/pinhanyayincilik
/pinhankitap